

Jost Hüttenbrink

SCHADENSERSATZANSPRÜCHE
DER SELBSTVERWALTUNGSKÖRPERSCHAFTEN
GEGEN IHRE ORGANWALTER

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555026_0005

"Schadensersatzansprüche der Selbstver-
waltungskörperschaften gegen ihre Or-
ganwalter"

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den Fach-
bereich Rechtswissenschaft der West-
fälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von Jost Hüttenbrink

aus Neheim-Hüsten

Jahr 1981



Erster Berichterstatter:	Prof. Dr. Hoppe
Zweiter Berichterstatter:	Prof. Dr. Kollhosser
Dekan:	Prof. Dr. Hoppe
Tag der mündlichen Prüfung:	9.7.1981

Gliederung

	Seite
A. Literaturverzeichnis	VIII
B. Abkürzungsverzeichnis	XVIII
1. Teil:	
Einführung	1
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Der Meinungsstand zur Organwalterhaftung	2
2. Teil:	
Öffentlich-rechtliche Haftungsnormen	9
§ 3 Haftungsbegründende Normen	9
I. Übergeordnete, allgemein-verbindliche öffentlich-rechtliche Haftungsnormen	9
1. Art. 34 S. 2 GG	10
2. Die beamtenrechtlichen Haftungs Vorschriften (§ 46 BRRG, § 78 BBG)	11
3. Erstattungsgesetz vom 18.4.1937	12
II. Besondere (fachspezifische) öffentlich-rechtliche Haftungsnormen	13
1. Haftung der Mitglieder von Selbstverwaltungsorganen der Sozialversicherung (§ 42 SGB IV)	13
2. Die Haftung der Organwalter der Bundesanstalt für Arbeit gem. § 205 AfG	14
3. Die kommunalrechtlichen Haftungs Vorschriften	14
a. § 30 Abs. 3 GONW	14
b. § 39 Abs. 4 NdsGO, § 65 Abs. 3 NdsGO	15
c. Art. 20 Abs. 3, Art. 51 Abs. 2 bay.GO	16
4. Haftung der Organwalter von Studentenschaften gem. § 79 Abs. 7 WisshG NW	16

	Seite
§ 4 Haftungsausschließende Normen?	17
I. Art. 46 GG	17
II. §§ 81-87 VwVfG	19
§ 5 Die Analogiefähigkeit der öffentlich-rechtlichen Haftungsnormen	19
I. Voraussetzungen einer Analogie	19
II. Möglichkeiten einer Analogie im Bereich der Organwalterverhältnisse	20
3. Teil:	
Das "öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis" als Grundlage eines Schadensersatzanspruches gegenüber dem Organwalter?	23
§ 6 Das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis als allgemein anerkanntes Rechtsinstitut und seine haftungsrechtlichen Konsequenzen	25
I. Das "öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis" als Institut des öffentlichen Rechts	25
1. Meinungsstand	26
2. Die Begriffsbestimmung	29
a. Ausgangspunkt	29
b. Eingrenzungskriterien	35
II. Haftungsrechtliche Konsequenzen des "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses"	44
§ 7 Qualifizierung der Rechtsbeziehungen zwischen der Körperschaft und dem Organwalter	46
I. Der betroffene Personenkreis: Die Organwalter	46
1. Das Organ	46
2. Der Organwalter	47
3. Amt - Amtswalter	48

II.	Die (Rechts-)Beziehungen im Bereich der Organwaltung	49
	1. Das Anstellungsverhältnis	49
	2. Das Organwalterverhältnis	50
	3. Das Organverhältnis	51
III.	Das "Organverhältnis" als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis?	52
	1. Subjektive Rechte und Pflichten	53
	2. Der intrapersonale Raum als rechtsfreier Raum?	56
	3. Subjektive Rechte des Organwalters im Bereich des Organverhältnisses?	57
	a. Ablehnung des subjektiven Rechts im Bereich des Organverhältnisses	59
	b. Kritik der Befürworter	63
IV.	Das "Anstellungsverhältnis" als verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis	66
	1. Der hauptberufliche Organwalter	66
	2. Der ehrenamtliche Organwalter	67
V.	Das "Organwalterverhältnis" als verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis	69
	1. Das Organwalterverhältnis als besonders enge Sonderbeziehung	69
	2. Das Organwalterverhältnis als Standort subjektiver Rechte und Pflichten	69
	a. Die "Bestellung" als Quelle eines subjektiven Rechts?	69
	b. Verleiht die "Bestellung" dem Gewählten eigene Rechte?	72
	c. Die Rechtsmacht des Organwalters	82
	d. Die Pflichten des Organwalters gegenüber der juristischen Person	83
	aa. Die Pflicht zur Übernahme des Amts?	83
	bb. Die Pflicht zum Amt	83
	cc. Die Nebenpflichten	85

	Seite
§ 8 Die Voraussetzungen eines Anspruchs der Selbstverwaltungs Körperschaften gegenüber dem Organwalter aus positiver Forderungsverletzung	87
I. Beginn und Ende der Haftung	87
II. Subsidiarität der pFV	87
III. Die Pflichtverletzung	90
1. Die Pflichtverletzung	90
2. Kausalität der Pflichtverletzung	90
a. bei positivem Tun	90
b. bei Unterlassen	95
IV. Die Rechtswidrigkeit	96
V. Das Verschulden	97
1. Die Verschuldensmaßstäbe	97
a. Grundsatz	97
b. Haftungsbeschränkungen	97
2. Begriffsdefinitionen	100
a. Vorsatz	100
b. Fahrlässigkeit	100
c. Grobe Fahrlässigkeit	102
VI. Schaden	102
1. Schadensbegriff	103
2. Kausalität und Zurechenbarkeit des Schadens	103
a. Kausalität des Schadens	103
b. Zurechenbarkeit des Schadens	107
aa. Adaequanztheorie	107
bb. Schadensbegrenzung über die Lehre vom Schutzzweck der Norm	107
3. Vorteilsausgleichung	110

	Seite
VII. Rechtsfolge: Schadensersatz	112
1. Schadensersatz	112
2. Die Haftung mehrerer Organwalter als Gesamtschuldner	114
a. Die Schuldformen	114
b. Teilschuld oder Gesamtschuld	117
3. Anwendung von § 254 BGB?	125
4. Zeitpunkt der Schadensbemessung	127
5. Die Verjährung	127
6. Die Verwirkung	130
VIII. Allgemeine Verfahrensfragen	131
1. Der Rechtsweg	131
2. Die Prozeßführungsbefugnis	136
3. Die Verfahrensart	136
4. Die Beweislast	137
a. Die Beweislastverteilung	137
aa. Anwendbarkeit des § 830 BGB	138
bb. Anwendbarkeit von § 282 BGB	139
cc. Beweislastumkehr?	140
dd. Anwendbarkeit des § 287 ZPO	145
b. Zulässigkeit der Beweiserhebung	146
4. Teil:	
Die zivilrechtlichen Haftungsinstitute	148
§ 9 Positive Forderungsverletzung eines privatrechlichen Vertragsverhältnisses (Anstellungsverhältnisses)	148
§ 10 § 839 BGB als Anspruchsnorm?	148

	Seite
§ 11 Ansprüche der Körperschaft aus unerlaubter Handlung, §§ 823 ff BGB	149
I. Der beamtete Organwalter	149
II. Der ehrenamtliche (nicht beamtete) Organwalter	150
1. Haftungsausschuß der §§ 823 ff BGB über § 839 BGB?	150
2. Die Problemstellung	151
3. Der Meinungsstand	152
a. Die ablehnende Auffassung	152
b. Die analoge Anwendung der §§ 823 ff BGB	158
c. Die privatrechtliche Auffassung	159
4. Die Haftung des Bürgers aus unerlaubter Handlung	161
a. Die Unanwendbarkeit des Privatrechts bei öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekten	161
b. Einbeziehung des Hoheitsträgers unter den Schutz der unerlaubten Handlung	165
5. Ausschluß der §§ 823 ff BGB bei Handlungen des Organwalters im Rahmen der Organwal tung?	170
a. Der Dualismus von pFV und unerlaubter Handlung	171
b. Unanwendbarkeit der §§ 823 ff BGB im Bereich der Organwal tung?	171
c. Die "Janusköpfigkeit" der Handlungen des Organwalters	172
§ 12 Rückgriffsansprüche der Körperschaft aus § 426 Abs.1 BGB und § 426 Abs.2 BGB gegen den Organwalter?	176
I. Anwendbarkeit des § 426 Abs.1 BGB auf das Verhältnis zwischen Körperschaft und Organwalter	177

	Seite
II. Voraussetzung des § 426 Abs.1 und Abs.2 BGB: Gesamtschuldverhältnis: Körperschaft-Organ- walter	178
1. Der Handelnde ist kein Beamter	178
2. Der Handelnde ist Beamter	179
III. Rechtsfolgen der Gesamtschuld	180
1. Ausgleichspflicht gem. § 426 Abs.1 BGB	180
2. Übergang der Gläubigerforderung gem. § 426 Abs.2 BGB	181
IV. Der Rechtsweg	181
5. Teil:	
Exkurs: Das neue Staatshaftungsrecht	184
§ 13 Der Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes	184
I. Kurzübersicht über die Hauptziele des Gesetz- entwurfs	184
II. Auswirkungen auf den beamteten Organwalter	185
1. Neuregelung der beamtenrechtlichen Haftungs- vorschriften	185
2. Zivilrechtliche Haftung des beamteten Organwalters gegen den Dienstherrn?	187
III. Auswirkungen auf den ehrenamtlichen Organwalter	188
1. Haftungsvorschrift für den ehrenamtlichen Organwalter	188
2. Die zivilrechtliche Haftung des ehrenamt- lichen Organwalters	188
6. Teil:	
Schluß	191
§ 14 Zusammenfassung	191
Anhang I	194
Anhang II	196

Literaturverzeichnis

- Baumbach-Lauterbach "Zivilprozeßordnung", Kommentar, 36. Aufl., München 1978, bearb. v. Adolf Baumbach und Wolfgang Lauterbach.
- Bender, Bernd "Staatshaftungsrecht", 2. Aufl., Karlsruhe 1974.
- Berkenhoff-Dahm "Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen", 18. Aufl., Köln 1975, bearb. v. Hans-Albert Berkenhoff und Clemens Dahm.
- Bethge, Herbert "Probleme verwaltungsrechtlicher Organstreitigkeiten", in: Die Verwaltung, 75, 459 ff.
- Bethge, Herbert "Das Hausrecht der öffentlichen Hand im Dilemma zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht", in: Die Verwaltung, 77, 313 ff.
- Bethge, Herbert "Grundfragen innerorganisatorischen Rechtsschutzes", in: DVB1 80, 309 ff.
- Bethge, Herbert "Zwischenbilanz zum verwaltungsrechtlichen Organstreit", in: DVB1 80, 824 ff.
- Bleutge, Rolf "Der Kommunalverfassungsstreit", in: Schriften zum Prozessrecht, Bd. 13, Berlin 1970.
- Blume, Joachim "Schuldrechtsähnliche Sonderverbindungen im öff. Recht", jur. Diss., Göttingen 1967.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang "Organ, Organisation, juristische Person", in: "Fortschritte des Verwaltungsrechts", Festschrift für H.J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973.
- Bremer, Heinz "Kammerrecht der Wirtschaft", Kommentar zum Bundeskammergesetz, Berlin 1960.
- Dagtoglou, Prodomos "Kollegialorgane und Kollegialakte der Verwaltung", Stuttgart 1960.
- Dilcher, Gerhard "Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld", in: JZ 67, 110 ff.
- Dreier, Ralf In: "Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl., 1976", Stichwort: "Organlehre", Sp. 1699 ff.
- Eckert, Lutz "Leistungsstörungen in verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen", in: DVB1 62, 11 ff.
- Egger, Hans "Die Pflichten der Gemeinderäte und die Sanktionen bei Pflichtverstößen nach der Baden-Württembergischen Gemeindeordnung", jur. Diss., Tübingen 1970.

- Erichsen, Hans-Uwe "Zur Verfassungswidrigkeit der Abwahl kommunaler Wahlbeamter", in: DVB1 80, 723 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe "Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht", hier: "Zu Art. 34 GG: "Ausübung eines öffentlichen Amtes" durch Realakte und Zulässigkeit des Ausschlusses der Staatshaftung bei Schädigung von Ausländern.", in: VerwArch 71, 181 ff
- Erichsen-Martens "Allgemeines Verwaltungsrecht", 4. Aufl., Berlin 1969, herausgegeben von Hans-Uwe Erichsen und Wolfgang Martens.
- Erman "Handkommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch", 6. Aufl., Münster 1975, begründet von Walter Erman, zit.: Erman-Bearbeiter.
- Evers, Hans-Ulrich "Die Nachbarklage im Baurecht", in: Jus 62, 87 ff.
- Ewald, Klaus "Die prozessuale Behandlung des inneruniversitären Verfassungsstreits", in: WissR 70, 35 ff.
- Ewald, Klaus "Zur Beteiligungsfähigkeit im Kommunalverfassungsstreitverfahren", in: DVB1 70, 237 ff.
- Eyermann-Fröhler "Verwaltungsgerichtsordnung", Kommentar, 7. Aufl., München 1977, bearb. v. Erich Eyermann und Ludwig Fröhler.
- Feldhaus, Theodor "Die vermögensrechtliche Haftung der Gemeinderatsmitglieder in NRW", jur.Diss., Münster 1964.
- Fischbach, Oskar Georg "Bundesbeamtengesetz", 1. Halbband, 3. Aufl., München 1964.
- Forsthoff, Ernst "Lehrbuch des Verwaltungsrechts", Band I, Allg. Teil, 10. Aufl., München 1973.
- Friederichs, Karl "Wieweit sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auf Schuldverhältnisse des öff. Rechts anwendbar?", in: Archiv für bürgerliches Recht", Band 42, S. 28 ff.
- Frotscher, Werner "Probleme des öffentlichen Schadensrechts", in: VerwArch 71, 153 ff.
- Fuss, Ernst-Werner "Verwaltungsrechtliche Streitigkeiten im Universitäts-Innenbereich", in: WissR 5, 97 ff.
- Futter, Werner "Licht und Schatten im Regierungsentwurf zur Reform des Staatshaftungsrechts", in: BB 80, 180 ff.
- Geller-Kleinrahm-Fleck "Die Verfassung des Landes NRW", 3. Aufl., Kommentar, Loseblatt, München, Stand 1977, begründet von Gregor Geller, Kurt Kleinrahm und Hans-Joachim Fleck.

- Gönnenwein, Otto "Gemeinderecht", Tübingen 1963.
- Haltermann, Manfred "Haftung der Ratsmitglieder" (I Nordrhein-Westfalen), in: SKV 56, 207.
- Hamann-Lenz "Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949", Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1970, bearb. v. Andreas Hamann und Helmut Lenz.
- Heinevetter, Klaus "Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen", Kommentar, 2. Aufl., Loseblatt, Köln, Stand Dez. 1977.
- Helmreich-Widtmann "Bayerische Gemeindeordnung", Kommentar, 3. Aufl., München 1966, bearb. v. Karl Helmreich und Julius Widtmann.
- Henke, Wilhelm "Das subjektive Recht im System des öffentlichen Rechts", in: DÖV 80, 621 ff.
- Heuser-Kobel "Erstattungsgesetz", Kommentar, München, Berlin 1956, bearb. v. Ernst Heuser und Joachim Kobel.
- Hoffmann-Becking, Michael "Die Beteiligungsfähigkeit und passive Prozeßführungsbefugnis nichtrechtsfähiger Gliedkörperschaften der Universitäten im Verwaltungsprozeß", in: DVB1 72, 299 ff.
- Hofmann-Beth-Dreibus "Die Kommunalgesetze für Rheinland-Pfalz", Loseblatt Kommentar, Frankfurt, Stand März 1980, bearb. v. Walter Hofmann, Alfred Beth, Heinz Dreibus.
- Hoppe, Werner "Nachbarklage-Plangewährungsleistungsanspruch-Planbefoligungsanspruch", in: DVB1 69, 246 ff.
- Hoppe, Werner "Organstreitigkeiten vor den Verwaltungs- und Sozialgerichten", Siegburg 1970.
- Hoppe, Werner "Organstreitigkeiten und organisationsrechtliche subjektiv-öffentliche Rechte", in: DVB1 70, 846 ff.
- Hoppe, Werner "Die Regelung der verwaltungsrechtlichen Organstreitigkeiten - eine Aufgabe des Gesetzgebers", in: NJW 80, 1017 ff.
- Hurst, N.N. Haftung der Ratsmitglieder nach § 30 Abs. 3 GONW, in: Die Gemeinde 1962, 131.
- Jahn, Kurt SGB, Sozialgesetzbuch für die Praxis, Loseblatt-Kommentar, München, Stand 1978.
- Janson, Bernd "Verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis, Verwaltungsverfahrensgesetz und Reform der Staatshaftung", in: DÖV 79, 696 ff.

- Jellinek, Georg "System der subjektiven öffentlichen Rechte", 2. Aufl., Tübingen 1919 (Anastatischer Neudruck der Ausgabe von 1905).
- Kirchner, Hildebert "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache", 2. Aufl., Berlin 1968.
- Kisker, Gunter "Insichprozeß und Einheit der Verwaltung", aus: Politik und Verwaltung, Heft 11, Baden-Baden 1968.
- Kisker, Gunter "Organe als Inhaber subjektiver Rechte - BVerwGE 45, 207", in: Jus 75, 704 ff.
- Klein, Hans H. "Auftrag" und "Geschäftsführung ohne Auftrag" im öffentlichen Recht, in: DVB1 68, 129 ff, 166 ff.
- Knemeyer, Franz-Ludwig "Janusköpfiges Hausrecht?", in: DÖV 71, 303 ff.
- Kopp, Ferdinand "Verwaltungsgerichtsordnung", Kommentar, 4. Aufl., München 1979.
- Kottenberg-Rehn "Gemeindeordnung NRW", Kommentar, Loseblattsammlung, Siegburg, Stand Juni 1980, bearb. v. Kurt Kottenberg und Erich Rehn.
- Kottenberg-Steffens "Rechtsprechung zum kommunalen Verfassungsrecht", Loseblattsammlung, Siegburg, Stand 17.10.1980, begründet von Kurt Kottenberg und Heinz Steffens; seit 1978 Herausgeber: Albert v. Mutius.
- Krause, v. Maydell, Merten, Meydan "Gemeinschaftskommentar zum SGB", Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, Neuwied 1978, bearb. v. Peter Krause, Bernd v. Maydell, Detlef Merten und Jan Meydan.
- Krebs, Walter "Rechtsprobleme des Kommunalverfassungsstreits", in: VerwArch 66, 189 ff.
- Kuchtner, Edeltraud "Kann Art. 51 Abs. 2 der neuen Gemeindeordnung die Gemeinderatsmitglieder ihrer Verantwortung entheben?", in: Bay.Färg. 1953, 79 ff.
- Kuhn, Gustav "Die Haftung bei ehrenamtlicher Tätigkeit im Verwaltungsverfahren", in: StT 1967, 538 ff.
- Kunze-Schmid "Gemeindeordnung für Baden-Württemberg", Kommentar, Stuttgart 1969, bearb. v. Richard Kunze und Carl Schmid.
- Laband, Paul "Das Staatsrecht des deutschen Reiches", 4. Bd., 5. Aufl., Tübingen 1911.
- Larenz, Karl "Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht", in: NJW 59, 865 ff.
- Larenz, Karl "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", 4. Aufl., Berlin 1979.

- Leederer, Heino "Die Haftung von Gemeinderatsmitgliedern für die Folgen schadensstiftender Beschlüsse des Gemeinderats", in: Bay. Bürg. 1949, 6 ff.
- Lepke, Achim "Zum Recht auf Amtsausübung", in: DVB1 66, 135 ff.
- v. Loebell,
Friederich
Wilhelm "Gemeindeordnung NRW", Kommentar, Loseblattsammlung, 4. Aufl., Wiesbaden, Stand Juni 1980.
- Lüders, Otto "Die Kommunalverfassungsrechtliche Stellung der Ratsausschüsse, ihre Teile und Mitglieder nach der nordrhein-westf. Gemeindeordnung", jur. Diss., Münster 1979.
- Iwersen-Neuffer "Die Niedersächsische Gemeindeordnung", Loseblattkommentar, Hamburg, Stand 1976, bearb. von Karl Iwersen und Martin Neuffer.
- Maetzel, N.N. "In Anm. zu OLG München", in: MDR 65, 988 f.
- Mahler, Karl "Rechtsstellung und Haftung des Vorstandes der öffentlichen Sparkassen in Preußen", jur. Diss., Marburg 1934.
- Massons-Samper "Bayerische Kommunalgesetze", Kommentar, Loseblattsammlung, München, Stand Juli 1980, bearb. v. Christian Massons und Rudolf Samper.
- Maunz-Dürig-
Herzog "Grundgesetz", Loseblattkommentar, München, Stand August 1979, begründet v. Theodor Maunz, Günter Dürig und Roman Herzog, zit.: Bearbeiter, in Maunz-Dürig-Herzog.
- Medicus, Dieter "Bürgerliches Recht", 8. Aufl., Würzburg 1978.
- Meister, Hans "Amtsausübung, Amtspflichtverletzung und Staatshaftung", in: NJW 64, 1702 f.
- Menger, Christian
Friederich "Über die Identität des Rechtsgrundes der Staatshaftungsklagen und einiger Verwaltungsstreitsachen", in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek Forschungen und Berichte des öff. Rechts, München 1980.
- Menger, Christian
Friederich "Rechtsweg und Haftung bei Lieferung verunreinigten Wassers durch Gemeinden", in: VerwArch 64, 305 ff
- Menger-Erichsen "Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht", in: VerwArch 57, 64 ff (75), bearb. v. Christian Friederich Menger und Hans-Uwe Erichsen.

- Meyer-Borgs "Verwaltungsverfahrensrecht", Kommentar, Frankfurt 1976, bearb. v. Hans Meyer und Hermann Borgs-Maciejewski.
- Michaelis, Rüdiger "Verantwortung ohne Verantwortlichkeit", in: DVB1 78, 125 ff.
- v. Münch, Ingo "Grundgesetzkommmentar", 3. Bd., München 1976.
- Münchener Kommentar "Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch",
Bd. 1, München 1978
Bd. 2, München 1979
Bd. 3, 2. Halbband, München 1980
zit.: Bearbeiter, in Münchener Kommentar,...
- v. Mutius, Albert "Grundfälle zum Kommunalrecht", in: Jus 79, 180 ff.
- Odenthal, Hans "Zur Indemnität von Gemeinderatsmitgliedern", in: StT 63, 496 ff.
- Ossenbühl, Fritz "Staatshaftungsrecht", 2. Aufl., München 1978.
- Ossenbühl, Fritz "Der Regierungsentwurf eines Staatshaftungsgesetzes - Beginn oder Ende einer Reform?", in: Jus 78, 720 ff.
- Palandt "Bürgerliches Gesetzbuch", 38. Aufl., München 1979, begr. von Otto Palandt, zit.: Palandt-Bearbeiter,...
- Papier, Hans-Jürgen "Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht", Berlin 1970.
- Papier, Hans-Jürgen "Staatshaftung kraft Überlieferung?", in: JZ 75, 586 ff.
- Papier, Hans-Jürgen "Der Regierungsentwurf eines Staatshaftungsgesetzes", in: ZRP 79, 67 ff.
- Papier, Hans-Jürgen "Die verwaltungsgerichtliche Organklage", in: DÖV 80, 292 ff.
- Pentz, Adolf "Die Haftung mehrerer Beamter", in: DÖV 61, 97 ff.
- Pollmann, Hans "Repräsentation und Organschaft", in: Schriften zum öff. Recht, Bd. 89.
- Prandl, Josef "Offene Fragen zur Landkreisordnung", in: Bay.Bürg. 1953, 4.
- Prandl-Zimmermann "Gemeinderecht in Bayern", 1. Aufl., ergänzbare Textsammlung zum Kommunalrecht, München 1974, bearb. v. Josef Prandl und Hans Zimmermann.
- Prölss, Jürgen "Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen", in: VersR 64, 901 ff.

- Rattay, N.N. "Haftung der Ratsmitglieder", II. Niedersachsen und Schleswig-Holstein , in: SKV 56, 208.
- Rauball "Gemeindeordnung für Nordrhein-Westfalen", 2. Aufl., München 1974, bearb. v. Johannes und Reinhard Rauball.
- Redeker, Konrad "Nachbarklage - öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich?", in: NJW 59, 749 ff.
- Redeker - v.Oertzen "Verwaltungsgerichtsordnung", Kommentar, 6. Aufl., Stuttgart 1978, bearb. v. Konrad Redeker und Hans-Joachim von Oertzen.
- Reichert-Dannecker-Kühr "Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts" 2. Aufl., München 1977, bearb. v. Bernhard Reichert, Franz Dannecker und Christian Kühr.
- RGRK "Das bürgerliche Gesetzbuch", Kommentar, 12. Aufl., Berlin 1976, herausgegeben von Mitgliedern des BGH, zit.: Bearbeiter, in RGRK,...
- Roll,Hans-Achim "Indemnität gegenüber zivilrechtlichen Ansprüchen", in: NJW 80, 1439 f.
- Rothe, Karl-Heinz "Die Haftung der Sparkassenorganmitglieder bei Verletzung der Amtsverschwiegenheitspflicht", in: Städte und Gemeinderat 1971, 242 ff.
- Rothe, Karl-Heinz "Sparkassengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen", 3. Aufl., Siegburg 1976.
- Ruland, Franz "Indemnität und Amtshaftung für Abgeordnete", in: Der Staat 1975, 457 ff.
- Ruland, Franz "Der Anwendungsbereich der Amtshaftung", in: Bay VBL 76, 581 ff.
- Rupp,Hans-Heinrich "Widerruf amtlicher ehrenkränkender Behauptungen", in: NJW 61, 811 ff.
- Rupp,Hans-Heinrich "Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre", Berlin 1965.
- Schack, Friederich "Analogie" und "Verwendung allg. Rechtsgedanken" bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts", in: Festschrift für Laun, Hamburg 1948.
- Schaefer, Werner "Die Amtshaftung", in: SKV 67, 317 ff.
- Schapp, Jan "Das subjektive Recht im Prozeß der Rechtsgewinnung", in: Schriften zur Rechtslehre", Heft 58, Berlin 1977.

- Schlierbach, Helmut "Kommentar zum Hess. Sparkassengesetz", 2. Aufl., Stuttgart 1971.
- Schmidt-Bleibtreu-Klein "Kommentar zum Grundgesetz", 5. Aufl., Bonn 1980, bearb. v. Bruno Schmidt-Bleibtreu und Franz Klein.
- Schmidt-Räntsch, Günter "Gegenstand, Sinn und Grenzen des Beratungsgeheimnisses", in: JZ 58, 329 ff.
- Schmidt-Räntsch, Günter "Deutsches Richtergesetz", Kommentar, 2. Aufl., München 1973.
- Schneider, Hans "Zur Haftung der Gemeinden für ihre öffentlichen Anstalten", in: NJW 62, 705 ff.
- Scholz, Rupert "Staats-, Organ und Verfahrensprobleme um den Sachverständigenrat", in: DÖV 73, 843 ff.
- Scholz, Rupert "Staatshaftung und Entschädigungsrecht", München 1976.
- Schulz-Lücke, Gerd "Handbuch der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung", Berlin 1968.
- Schwabe, Jürgen "Anm. zu BGH NJW 72, 2300", in: NJW 73, 455 ff.
- Siebert, Wolfgang "Die Haftung der jur. Personen des öff. Rechts nach § 89 BGB im Rahmen des allg. Haftungsrechts", in: DÖV 51, 44 ff.
- Simons, Lothar "Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse", in: Schriften zum öffentlichen Recht, Band 45.
- Soergel "BGB", Kommentar, Bd. 1, §§ 1-240, 11. Aufl., Köln 1978, begr. v. Thomas Soergel, zit.: Soergel-Bearbeiter.
"Bürgerliches Gesetzbuch", Kommentar, Band II, 10. Aufl., Köln 1967, begr. v. Thomas Soergel, zit.: Soergel-Bearbeiter
- Speiser, Hilger "Ersatzpflicht des Staates bei unmittelbaren Eingriffen durch verfassungswidrige Gesetze", jur. Diss., Frankfurt 1974.
- Staudinger "Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch", begr. v. Julius v. Staudinger
Bd. II Teil 1c, 10./11. Aufl., Berlin 1967
Bd. II Teil 1d, 10./11. Aufl., Berlin 1967
Bd. II Teil 5, 10./11. Aufl., Berlin 1967
Bd. I §§ 1-89, 12. Aufl., Berlin 1980
zit.: Staudinger-Bearbeiter

- Stelkens-Bonk-
Leonhardt "Verwaltungsverfahrensgesetz", Kommentar, München 1978,
bearb. v. Paul Stelkens, Heinz Bonk und Klaus Leonhardt.
- Stürner, Rolf "Die Haftung der Gemeinde für verunreinigtes Wasser
- BGHZ 59, 303 -", in: Jus 73, 349 ff.
- Thomas-Putzo "Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., München 1979, bearb. v.
Heinz Thomas und Hans Putzo.
- Tiemann,
Burkhard "Grundfragen der Staats- und Benutzerhaftung in öffent-
lich-rechtlichen Benutzungsverhältnissen", in: VerwArch
65 (1974), 381 ff.
- Tiemann,
Burkhard "Möglichkeiten und Grenzen der Haftungsbeschränkung
im verwaltungsrechtlichen Benutzungsverhältnis", in:
Bay VBl 74, 57 ff.
- Tsatsos,
Dimitris "Der verwaltungsrechtliche Organstreit", Berlin 1969.
- Türk, Rolf "Die Haftung der Ratsmitglieder nach § 20 III der GO
von NRW", jur.Diss., Köln 1965.
- Ule, Carl-
Hermann "Beamtenrecht", München 1970, aus: Verwaltungsgesetze
des Bundes und der Länder, Band X, 1. Halbband.
- Ule-Laubinger "Verwaltungsverfahrensgesetz", Studienbuch, 2. Aufl.,
Köln 1979, bearb. v. Carl Hermann Ule und Hans-Werner
Laubinger.
- Vogel-Hans-
Jochen "Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staats-
haftungsrecht", in: DVBl 78, 657 ff.
- Wagner, Frido "Gemeindeverbandsrecht in Nordrhein-Westfalen", Kommentar,
Köln 1967.
- Wallerath,Max "Die öffentlich-rechtliche Innenhaftung von Organ-
waltern", in: DVBl 71, 197 ff.
- Weckerle,Thomas "Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer", in:
"Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht", Karlsruhe
1974.
- Weimar,Wilhelm "Rückgriff beim Amtsträger", in: MDR 58, 897 ff.
- Wenzel,Alfons "Die Haftung der kommunalen Wahlbeamten", in: Bay.Bürg.
1955, 51 f.
- Wieczorek,
Burkhard "ZPO und Nebengesetze", Kommentar, Bd. V, Berlin 1957.

- Willeke, Fr.W. "Die Haftung der Gemeindeangestellten und Ratsmitglieder nach §§ 92, 93 der BGO", in: Der Kommunal-
dienst 1948, 100 ff.
- Wolff-Bachof "Verwaltungsrecht"
Bd. I, 9. Aufl., München 1974
Bd. II, 4. Aufl., München 1976
Bd. III, 4. Aufl., München 1978
bearb. v. Hans J. Wolff und Otto Bachof.
- Wolff, Hans J. "Organschaft und juristische Person", in: "Theorie
der Vertretung", Band II, Berlin 1934.
- Zuhorn-Hoppe "Gemeindeverfassung", 2. Aufl., Siegburg 1962,
bearb. v. Karl Zuhorn und Werner Hoppe.
- Zuleeg, Manfred "Beleihung mit Hoheitsgewalt, Verwaltungshilfe und
privatrechtliches Handeln bei Schülern", in: DÖV 70,
627 ff.
- Zuleeg, Manfred "Die Rechtsform der Subventionen", Berlin 1965.

Abkürzungsverzeichnis

AfG	Arbeitsförderungsgesetz (v. 25.6.69 BGBl I 582), zul. geänd. am 18.8.80 (BGBl I 1469)
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz (v. 6.9.65 BGBl I 1089, zul. geänd. am 4.7.80, BGBl I 836)
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung (v. 16.3.76, BGBl I 613)
Asta	Allgemeiner Studentenausschuß
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz v. 23.12.59, BGBl I 814; i.d.F. v. 31.12.76, BGBl I 3053, zul. geänd. am 20.8.80, BGBl I 1556)
Az.	Aktenzeichen
B.	Beschluß
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
Bay.Bürg.	Der Bayerische Bürgermeister, Zeitschrift (Jahrgang, Seite)
bay. GO	Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern i.d.F. v. 31.5.78 (bay GVBl 1978, 353)
Bay ObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bay ObLGZ	Sammlung von Entscheidungen des Bay. Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
Bay VBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Jahrgang, Seite)
Bay VGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebs-Berater (Jahrgang, Seite)
BBG	Bundesbeamtengesetz (i.d.F. v. 3.1.77, BGBl I 21, zul. geänd. am 10.5.80, BGBl I 561)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (v. 18.8.1896, RGBl I 195, zul. geänd. am 13.8.80, BGBl I 1308)
BGBI	Bundesgesetzblatt (Jahrgang, Seite)
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz (i.d.F. v. 3.1.77, BGBl I 21, zul. geänd. am 10.5.1980, BGBl I, 561)

BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundessozialgerichts (Band, Seite)
BT-Drcks.	Bundestagsdrucksachen
BundeskammerG	Bundeskammergesetz (vom 16.12.56, BGBl I 920)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (v. 12.3.51, BGBl I 243; i.d.F.v. 3.2.1971, BGBl I 105, zul. geänd. am 20.3.79, BGBl I 357)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung von Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	Der Betrieb (Jahrgang, Seite)
DBG	Deutsches Beamtengesetz (v. 26.1.1937, RGBl I 39)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahrgang, Seite)
DRiG	Deutsches Richtergesetz (v. 8.9.61, BGBl I 1665, i.d.F.v. 19.4.72, BGBl I 713, zul. geänd. am 16.8.80, BGBl I 1451)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahrgang, Seite)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahrgang, Seite)
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
Erst G	Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehlbeständen an öffentlichem Vermögen (v. 18.4.1937, RGBl I 461 ff)
ESTHG	Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes (BT-Drcks. 9/25)
FHG NW	Gesetz über die Fachhochschulen im Lande Nordrhein-Westfalen (v. 20.11.79, GV NW 964, zul. geänd. am 25.3.80, GVNW 248)
Fnte	Fußnote
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (v. 1.5.1889, RGBl 55, i.d.F.v. 20.5.1898, RGBl 369, 810, zul. geänd. am 29.7.76, BGBl I 2034)
GG	Grundgesetz (v. 23.5.49, BGBl I 1, zul. geänd. am 23.8.76, BGBl I 2383)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (v. 20.4.1892, RGBI 477, i.d.F.v. 20.5.98, zul. geänd. am 4.7.80, BGBl I 836)
GO Nds	Gemeindeordnung für das Land Niedersachsen i.d.F.v. 18.10.77, Nds. GVBl 77, 497
GONW	Gemeindeordnung für das Land NRW (i.d.F.v. 1.10.79, GVNW, 594)
GSV	Gesetz über die Selbstverwaltung und zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet der Sozialversicherungen (v. 22.2.51, BGBl I 214)
GSZ	Großer Senat in Zivilsachen
GV NW	Gesetz- und Verordnungsblatt des Landes Nordrhein-Westfalen
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
hamb.WegeG	hamburgisches Wegegesetz (v. 4.4.61, hamb. GVBl 117)
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahrgang, Seite)
i.d.F.v.	in der Fassung vom
JR	Juristische Rundschau (Jahrgang, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahrgang, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahrgang, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahrgang, Seite)
KG	Kammergericht
Kom.dienst	Der Kommunaldienst (Jahrgang, Seite)
Kreis O NW	Kreisordnung für das Land NRW (i.d.F.v. 1.10.79, GVNW 612)
Landf.verb. 9 NW	Landschaftsverbandsordnung für das Land NRW (v. 12.5.53, SGV NW 2022, zul. geänd. am 15.5.79, GVNW 408)
KWG NW	Gesetz über die Kommunalwahlen im Lande NRW (i.d.F.v. 8.1.79, GVNW 2)
LG	Landgericht
LT	Landtag
LT-Drcks.	Landtagsdrucksache
LV NW	Verfassung des Landes NRW (v. 18.6.50, GVNW 127, zul. geänd. am 19.12.78, GVNW 632)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (Jahrgang, Seite)
nds.	niedersächsisch

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OKD	Oberkreisdirektor
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg (Band, Seite)
OVG-Ms	Oberverwaltungsgericht Münster
pFV	positive Forderungsverletzung
pr. OVG	preußisches Oberverwaltungsgericht
pVV	positive Vertragsverletzung
Rdn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGST	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Band, Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
Seuff.Arch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SGB	Sozialgesetzbuch, 4. Buch (IV) (v. 23.12.76, BGBI I 3845)
SGG	Sozialgerichtsgesetz (v. 23.8.58, BGBI I 613)
SKV	Staats- und Kommunalverwaltung (Jahrgang, Seite)
Sp.	Spalte
Spark G NW	Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen (v. 2.7.75, GVNW, 498)
StHG	Staatshaftungsgesetz (Entwurf vgl. BT-Drcks. 9/25)
StS	Studentenschaft
StT	Der Städtetag (Jahrgang, Seite)
StuGR	Städte- und Gemeinderat (Jahrgang, Seite)
SVwG	Selbstverwaltungsgesetz (i.d.F. des 8. Änd.G. v. 7.8.1973, BGBI I 957)
U.	Urteil
Überbl.	Überblick

VA	Verwaltungsakt
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Jahrgang, Seite)
VersR	Versicherungsrecht (Jahrgang, Seite)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGH Ba-Wü	Verwaltungsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg
Vorb.	Vorbemerkungen
VR	Verwaltungsrecht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung (v. 21.1.60, BGBI I 17, zul. geänd. am 18.8.80, BGBI I 1469)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes (v. 25.5.1976, BGBI I 1253, zul. geänd. am 2.7.76, BGBI I 1749)
WHG	Wasserhaushaltsgesetz (i.d.F.v. 16.10.76, BGBI I 3017, zul. geänd. am 28.3.80, BGBI I 373)
WissHG NW	Gesetz über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen (v. 20.11.79, GVNW 926, zul. geänd. am 25.3.80, GVNW 248)
WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
WRV	Weimarer Reichsverfassung (v. 11.8.1919, RGBl 1383)
ZPO	Zivilprozessordnung (i.d.F.v. 12.9.1950, BGBI I 533, zul. geänd. am 18.8.80, BGBI I 1503)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahrgang, Seite)
zul.geänd.	zuletzt geändert

Im übrigen wurden allgemein gebräuchliche Abkürzungen verwandt, es wird auf Kirchner, Hildebert, "Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache", 2. Aufl., Berlin 1968, Bezug genommen.

1. Teil: Einführung:

§ 1 Einleitung:

Die Entwicklung und die begriffssystematische Erfassung des innerstaatlichen Organisationsrechts hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten erhebliche Fortschritte gemacht.¹ In der jüngsten Zeit war das Organisationsrecht im Zusammenhang mit den "Organstreitigkeiten" stark in den Mittelpunkt der Diskussion gerückt.² Auch in dieser Arbeit spielt die Relation zwischen Körperschaft und Organwaltern eine erhebliche Rolle. Wir befassen uns dabei mit der Haftung der Organwalter, d.h. "der Menschen, welche die dem Organ (der Selbstverwaltungskörperschaft)³ zugewiesenen Kompetenzen rechtens unter dem Namen des Organs wahrnehmen".⁴

Die Frage ist weitgehend ein ungelöstes Problem. Von wenigen Ausnahmen abgesehen, bestehen keine gesetzlichen Regelungen⁵; einschlägige Gerichtsentscheidungen gibt es entweder nicht oder sind kaum veröffentlicht.⁶ Auch die Literatur setzt sich mit

¹ s. Böckenförde, S. 269 ff und die dort gegebene Übersicht.

² So zuletzt die Diskussion auf dem 6. Deutschen Verwaltungsrichtertag in Kassel vom 7.-10.5.1980, hierzu Hoppe NJW 80, 1017 ff; Papier DÖV 80, 292 ff; Bethge DVBl 80, 309 ff und 824 ff. .

³ Die in Klammern gesetzten Worte sind vom Verfasser ergänzt.

⁴ Vgl. Wolff-Bachof, VR II, § 74 IVb, S. 58; zu den verschiedenen Begriffen, vgl. ausführlich § 7 I dieser Arbeit, S. 46 ff.

⁵ Vgl. §§ 3 und 4 dieser Arbeit, S. 9 ff, 17 ff.

⁶ Vgl. den nachfolgenden Überblick unter § 2.

der Haftungsfrage kaum auseinander;¹ soweit spezialgesetzliche Haftungsnormen bestehen, werden diese nur oberflächlich erörtert, allgemein gehaltenere Untersuchungen findet man fast gar nicht.² Es ist deshalb das Ziel der Arbeit, die bestehenden öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Haftungsnormen zu untersuchen und ggfs. eine allgemein-verbindliche Anspruchsgrundlage zu finden.

§ 2 Der Meinungsstand zur Organwalterhaftung

Um ein möglichst vollständiges Bild zu vermitteln, soll einleitend eine Übersicht über die verschiedenen Ansichten zur Organwalterhaftung gegeben werden.

Wie bereits erwähnt, lassen sich im Bereich der Rechtsprechung nur vereinzelte Urteile finden, während in der Literatur recht unterschiedliche Ansichten vertreten werden. Läßt man die fachspezifischen Aspekte bei den einzelnen Verfassern beiseite, so kann man 6 große Gruppen zusammenstellen:

1. Gruppe:

Gönnenwein³, gefolgt von Stelkens-Bonk-Leonhardt⁴ und Forsthoff⁵, lehnt jegliche Haftung der Organwalter ab, es sei denn, diese sei ausdrücklich spezialgesetzlich normiert.

¹ Vgl. den nachfolgenden Überblick unter § 2.

² Soweit ersichtlich, sind dies die beiden Aufsätze von Wallerrath DVBl 71, 197 ff und von Michaelis DVBl 78, 125 ff.

³ Gönnenwein, S. 271/272.

⁴ Stelkens-Bonk-Leonhardt, § 81, Rdn. 4.

⁵ Forsthoff, VR AT, S. 549, 550.

Gönnenwein vertritt die Auffassung, es bestünden keine eigenen Rechte und Pflichten der Gemeindevertretung gegenüber der Gemeinde, insbesondere bestehe kein "Anstellungsverhältnis".¹ Eine bürgerlich-rechtliche Haftung² der einzelnen Gemeinderatsmitglieder verbiete sich schon wegen des Charakters der Gemeindevertretung als Volksvertretung.¹

2. Gruppe:

Eine andere Meinung will den ehrenamtlich tätigen Bürger dem Beamten gleichstellen und will § 78 Abs. 2 BGB (= § 46 Abs. 2 BRRG) analog anwenden, um gegen den "ehrenamtlich Tätigen" Rückgriff zu nehmen.³ Diese Auffassung beruht auf Billigkeitserwägungen, ohne zu den Voraussetzungen einer Analogiefähigkeit der beamtenrechtlichen Vorschriften näher Stellung zu nehmen.⁴

3. Gruppe:

Die 3. Gruppe geht unter Führung einiger bayerischer Gerichte⁵ von einem Urteil des Reichsgerichts⁶ aus und überträgt dessen allgemeingehaltenen Erwägungen auf den Bereich des kommunalen Organwalters.

¹ Gönnenwein, S. 272.

² Gemeint sind die §§ 823 ff BGB.

³ Ule/Laubinger, § 13 IV, S. 61 f; Meyer-Borgs, § 81, Rdn. 21.

⁴ Ule/Laubinger, S. 62: "Andererseits wäre es unbillig, die ehrenamtlich Tätigen von jeder Rückgriffsmöglichkeit freizustellen"; Meyer-Borgs schreibt (§ 81, Rdn. 21), daß die Bestimmung der Haftungsgrundlage problematisch sei und meint, es wäre besser eine gesetzliche Regelung zu treffen.

⁵ OLG Bamberg (U.v. 2.1.57, Az.: 1U10/56) in Bay. Bürg. 57, 137 ff; Bay ObLG (U.v. 8.12.61, Az.: 1255/61) in ObLGZ 61, 355 ff; Bay VGH (U.v. 8.10.68, Az.: 167 III/67), Bay VBl 69, 35.

⁶ RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) in RGZ 165, 329 ff.

Das Reichsgericht hatte über Schadensersatzansprüche des Reichs gegenüber einer Person zu entscheiden, die auf Grund des Wehrleistungsgesetzes¹ zu Leistungen für Wehrzwecke in Anspruch genommen worden war.

Aufgrund der Erkenntnis, daß Ansprüche aus unerlaubter Handlung häufig wegen der engen Anspruchsvoraussetzungen (insbesondere bei reinen Vermögensschäden) nicht zum Tragen kommen², gab das Reichsgericht zu erwägen:

"Die Pflicht des Wehrleistungspflichtigen, der Inanspruchnahme zu entsprechen, ist zwar nicht bürgerlichrechtlicher Natur, nichtsdestoweniger aber eine (öffentliche) Rechtspflicht. Sie schließt, wie alle Rechtspflichten, die Förderung der sorgsamten Erfüllung und daher der Vermeidung aller Verhaltensweisen ein, durch die Personen oder Sachen zu Schaden kommen können und dem Reich daher ein Ersatzanspruch erwachsen kann. Wird dieser Pflicht schuldhaft und rechtswidrig zuwidergehandelt, so verwan-delt sie sich nach denselben allgemeinen das bürgerliche und das öffentliche Recht in gleicher Weise beherrschenden Grundsätzen in die Verpflichtung zum Ausgleich des dem Wehrlei-stungsberechtigten dadurch verursachten Scha-dens."³

Die Entscheidung des Reichsgerichts ist nicht verein-zelt geblieben, sondern wurde später nicht zuletzt

¹ Gesetz über Leistungen für Wehrzwecke (Wehrleistungsgesetz) v. 13.7.1938, RGBl I, S. 887.

² RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) RGZ 165, 332.

³ RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) RGZ 165, 324 (334).

auch vom BVerwG immer wieder bestätigt.¹

Das OLG Bamberg² knüpfte an diesen auch "das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz" an und führte aus, daß die Pflicht des ehrenamtlichen Bürgermeisters alle Obliegenheiten seines Amtes gewissenhaft wahrzunehmen, wie alle Rechtspflichten, die Förderung der sorgsamten Erfüllung und der Vermeidung aller Verhaltensweisen einschließe, durch die der Gemeinde ein Ersatzanspruch erwachsen könne.³

Ein Blick in die zitierten Entscheidungen zeigt, daß es diesem "auch das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz" ebenfalls an einer tragfähigen Begründung fehlt. In der kommunalrechtlichen und der sonstigen einschlägigen Literatur hat er deshalb auch nur ver-

¹ BVerwG (U.v. 20.3.1963, Az.: IV C 169.60) in DVBl 63, 677 (678) führt aus:

"Der Senat stimmt aber - jedenfalls im Ergebnis - mit dem II. Senat (BVerwGE 13, 17, 22, 23) darin überein, daß nach allgemeinen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung jede rechtswidrige und schuldhaftere Vereitelung eines - sei es im bürgerlichen, sei es im öff. Recht begründeten - Erfüllungsanspruchs unabhängig von einem auf Grund desselben Sachverhalts etwa bestehenden Anspruch aus unerlaubter Handlung zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. auch RGZ 165, 324, 334) und daß es gerade im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte des § 36 DBG einer besonderen Regelung bedurft hätte, wenn dieser Grundsatz im Recht des öff. Dienstes nicht gelten sollte."

Ähnlich auch noch BVerwG (U.v. 28.1.65, Az.: II C 108.62) in DÖV 65, 670 (671); vgl. ferner VGH Kassel (U.v. 11.12.1957, Az.: OS 1 136/56) DVBl 59, 215; ferner BVerwG (U.v. 19.1.67, Az.: VI C 73.64) DVBl 67, 663.

² OLG Bamberg (U.v. 2.1.57, Az.: 1U 10/56) in Bay. Bürg. 1957, 137 (138).

³ Im Ergebnis genauso Bay ObLG (U.v. 8.12.61, Az.: 1 Z 55/59) in Bay ObLGZ 61, 355 (367, 368); ferner Bay ObLG (U.v. 22.2.52, Az.: I 57/51) in Bay ObLGZ 52, 59 (66).

einzelnt positiven Niederschlag gefunden.¹ In den übrigen Bereichen der Organwaltung bleibt er entweder unbeachtet oder er wird als zu allgemein und undifferenziert abgelehnt.² Angemerkt sei, daß die Vertreter der Gruppe 3 das Recht der unerlaubten Handlung ergänzend anwenden.³

4. Gruppe:

Eine vereinzelte Meinung findet sich bei Bremer⁴, die ähnlich auch von Kottenberg-Rehn⁵ vertreten wird. Sie ist der Gruppe 3⁶ angenähert. Bremer schreibt in seinem Kommentar zum Bundeskammergesetz⁷, die Wahl

¹ Egger, S. 59, Fnte 1; Feldhaus, S. 173 und Wenzel Bay.Bürg. 1955, 51 verweisen ebenso lakonisch auf die zitierte RG-Entscheidung (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) RGZ 165, 323 ff. Lediglich Michaelis, DVBl 78, 125 ff (127) zeigt einen eigenen Begründungsansatz. Er meint, eine Freistellung von persönlicher Verantwortlichkeit und Haftung sei mit dem Rechtsstaat unvereinbar. Andere Autoren aus dem Sparkassenrecht sprechen noch allgemeiner lediglich von einem "Treue- und Pflichtverhältnis", vgl. z.B. Schlierbach, § 5 C; Heinevetter, § 26, Rdn. 9, der einfach nur von Schadensersatzansprüchen spricht oder auch Mahler, S. 43. Im übrigen ist die zivilrechtliche Literatur der Auffassung, daß im Rahmen der Staatshaftung nach Art. 34, § 839 BGB sich der Regreß in Ermangelung eines Beamtenverhältnisses oder eines Dienstverhältnisses nach den Grundsätzen von RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) RGZ 165, 323 (334) vollzieht: vgl. dazu Staudinger-Schäfer, § 839, Rdn. 209; Erman-Drees, § 839, Rdn. 100; Palandt-Thomas, § 839, Anm. 14; Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 34, Rdn. 39.

² Vgl. hierzu VG Gelsenkirchen und ihm folgend Rauball, § 30, Rdn. 5. Das VG Gelsenkirchen schreibt (U.v. 1.7.1971, Az.: 1K 333/70) in Kottenberg-Steffens zu § 30 GO Nr. 3: "Ein solcher Rechtsgrundsatz ist indessen in dieser Allgemeinheit nicht anzuerkennen und kann jedenfalls dann keine Geltung beanspruchen, wenn der Gesetzgeber an einen Verstoß gegen die betreffende öffentlich-rechtliche Pflicht bewußt keine Haftungsfolgen geknüpft hat."

³ Vgl. z.B. OLG Bamberg (U.v. 2.1.57, Az.: 1U 10/56) in Bay. Bürg. 1957, 137 ff.

⁴ Bremer, § 6 I, S. 121/122.

⁵ Kottenberg-Rehn, § 20 V 2.

⁶ s. oben Seite 3 ff.

⁷ V. 16.12.1956 BGBl I, S. 920.

der Präsidiumsmitglieder sei "ein Rechtsgeschäft des Personenrechts". Die Wahl stelle ein personenrechtliches Verhältnis zwischen den Amtsträgern und der IHK als Körperschaft des öffentlichen Rechts¹ her. Bremer meint, auf dieses "personenrechtliche Rechtsverhältnis" fänden die Normen des Auftragsrechts (§§ 662 ff BGB) analoge Anwendung.² Die Präsidiumsmitglieder hafteten deshalb der Kammer gegenüber aus der "Verletzung ihrer Pflichten".³

5. Gruppe:

Ein großer Teil der Literatur beschränkt sich auf das jeweils bearbeitete Spezialgesetz und untersucht lediglich die dort verankerte Haftungsnorm ohne sich mit allgemeinen Grundsätzen auseinander zu setzen.⁴ Auf die spezialgesetzlichen Regelungen wird im einzelnen noch zurückzukommen sein.⁵

6. Gruppe:

Die letzte Gruppe untersucht lediglich die Anwendung des Rechts der unerlaubten Handlung (§§ 823 ff BGB).⁶ Überwiegend wird davon ausgegangen, das Recht der unerlaubten Handlung finde auf die Organwalter direkte Anwendung.⁷ Teilweise wird eingewandt, die §§ 823 ff

¹Vgl. § 3 I des BundeskammerG.

²Bremer, § 6, Anm. I, S. 122.

³Bremer, § 7, Anm. IV 2, S. 131.

⁴Im Bereich des Kommunalrechts zählen hierzu: Willeke, Der Komm. dienst 48, 100 ff; Haltermann SKV 56, 207 f; Rattay SKV 57, 208; Hurst, Die Gemeinde, 1962, 131; Zuhorn-Hoppe, S. 202; Berkenhoff-Dahm zu § 30 GONW; v. Loebell zu § 30 Abs. 3 GONW; Luersen-Neuffer zu § 39 III GONds. Im Bereich des Sozialrechts: Jahn, § 42 SGB IV, Anm. 2; Schulz-Lücke, S. 84 ff; Krause, Gemeinschaftskommentar SGB, § 42, Rdn. 16 ff.

⁵Vgl. s. unten §§ 3, 4, 5 dieser Arbeit.

⁶Die Vertreter der Gruppe 4 bejahen die Anwendbarkeit der §§ 823 ff BGB neben den allg. Haftungsgrundsätzen. vgl. s. oben S. 6.

⁷Vgl. zunächst die Literaturangaben der Gruppe 4; ferner: Türk, S. 164/165; Wallerath, DVBl 71, 197(202); Rattay, SKV 56, 208 f (209); Rauball, § 30, GONW, Rdn. 5; Luersen-Neuffer, § 39 III GONds; Kunze-Schmidt, § 31, Anm. I 5; Odenthal, StT 1963, 496 ff.

seien zwar grundsätzlich anwendbar, die Tatbestandsvoraussetzungen lägen aber regelmäßig nicht vor.¹ Nur vereinzelt wird ausgeführt, die bürgerlichen Rechtsvorschriften der §§ 823 ff BGB paßten nicht auf die öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisse der Organwalter zur Körperschaft.² Wieder andere sind der Ansicht, öffentlich-rechtliche Sondernormen³ schlossen eine Anwendung des Rechts der unerlaubten Handlung auf die spezialgesetzlich geregelten Fälle aus.⁴

Die vorstehende Übersicht zeigt deutlich, daß die einzelnen Auffassungen zu unterschiedlich und zu diffus sind, um für die weiteren Untersuchungen einen tragfähigen Ausgangspunkt zu bilden. Es soll deshalb ein eigener Lösungsweg beschritten werden.

¹ So z.B. Egger, S. 59, Fn 1; Lederer, Bay. Bürg. 1949, S. 6 (nur § 826 BGB); ferner Rothe StUGR 71, 242 (246); ferner ders. zu § 22 Spark. GNW, Anm. 2.31.

² Siehe hierzu vor allem Gönnerwein, S. 271 f.

³ Z.B. § 30 III GONW.

⁴ Z.B. Feldhaus, S. 171/172.

2. Teil: Öffentlich-rechtliche Haftungsnormen

Das skizzierte Meinungsspektrum legt es nahe, zunächst einmal die öffentlich-rechtlichen Haftungsnormen zu untersuchen. Dies erscheint aus zwei Gründen sinnvoll: Einerseits ist es nicht auszuschließen, daß es eine allgemein-verbindliche Haftungs Vorschrift gibt; andererseits ist denkbar, daß einzelne Spezialnormen analogiefähig wären oder daß sich aus ihnen ein allgemeiner Rechtsgedanke ableiten ließe¹, dem auch für die nicht geregelten Fälle eine übergeordnete Bedeutung zukäme.

§ 3 Haftungs begründende Normen:

I. ÜBERGEORDNETE, ALLGEMEIN-VERBINDLICHE ÖFFENTLICH-RECHTLICHE HAFTUNGSNORMEN?

Als Haftungsnormen, die sich nicht nur auf Organwalter eines bestimmten Typus von Selbstverwaltungs-körperschaften beziehen, kommen Art. 34, S. 2 GG, die Beamtengesetze und § 1 des Erstattungsgesetzes vom 18.4.1937² in Betracht:

¹Vgl. z.B. Wallerath, DVBl 71, 197. Das Auffinden eines allgemeinen Rechtsgedankens mag erfolgreich scheinen, wenn man die Parallele zum Zivilrecht im Auge hat. Das Zivilrecht kennt zwar auch eine große Fülle verschiedener Haftungsnormen, man kann hier - im Gegensatz zum öffentlichen Recht - allerdings schon von einem geschlossenen Haftungssystem sprechen. Der Inhalt der zivilrechtlichen Haftungs Vorschriften ist im wesentlichen gleich: § 27 Abs. 3 BGB (Vereinsvorstand), § 86 S. 1 i.V.m. § 27 Abs. 3 BGB (Stiftung), §§ 84, 93 AktG (Vorstand und Aufsichtsrat der AG), §§ 6, 35, 43 Abs. 2, 52 GmbHG (Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder der GmbH), §§ 43, 41 GenG (Vorstand und Aufsichtsrat der Genossenschaft).

²RGBl I 1937, S. 461 ff.

1. Art. 34 S. 2 GG¹:

Es ist denkbar, daß der Organwalter im Rahmen seiner hoheitlichen Tätigkeit eine Amtspflichtverletzung begeht und außenstehenden Dritten einen Schaden zufügt. Das Grundgesetz hat sich dieser Fälle in Art. 34 GG angenommen.

Art. 34 S. 1 GG verpflichtet den Staat, das Unrecht seiner Amtsträger, dem Dritten gegenüber wieder-gutzumachen (Staatshaftung); die ursprüngliche, persönliche Haftung der Amtsinhaber (§ 839 BGB) dem Dritten gegenüber entfällt, diese wird auf den Staat übergeleitet.^{2,3} Damit stellt sich die Frage, ob und auf welche Weise der Staat im Innenverhältnis von seinem Amtsträger Ersatz verlangen kann (sog. "Regreß"). Die Antwort gibt Art. 34 S. 2 GG, wonach "bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit der Rückgriff vorbehalten bleibt".

Dem Staate ist damit die deklatorische Möglichkeit eröffnet, Schadensersatzansprüche Dritter aus Amtspflichtverletzungen auf den Organwalter abzuwälzen, d.h. diesen in Regreß zu nehmen. Wie sich aber schon aus dem Wortlaut von Art. 34 S. 2 GG ergibt ("vorbehalten") stellt Art. 34 S. 2 GG keine eigene Anspruchsgrundlage dar, sondern schafft nur einen Vorbehalt für eine etwaige Haftungsregelung.⁴ Gleich-

¹ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die geplante Neuordnung des Staatshaftungsrechts, s. dazu den Gesetzesentwurf in BT-Drcks. 9/25.

² Ruland, Bay VBl 76, 581.

³ Art. 34 GG gilt freilich nur für hoheitliches Handeln des Amtsträgers, bei fiskalischem Handeln gelten die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts, vgl. dazu ausführlich § 12 dieser Arbeit, S. 176 ff.

⁴ -Schäfer
Schäfer, SKV 67, 317 (323); Staudinger, § 839, Rdn. 207; Scholz, S. 64; Weimar MDR 58, 896 (897); ferner schon zu Art. 131 Abs. 1 S. 2 WRV RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) in RGZ 165, 324 (333).

zeitig wirkt Art. 34 GG aber in doppelter Hinsicht auf etwaige Regreßansprüche aus Amtspflichtverletzungen ein: Der Rückgriff ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt¹ (Art. 34 S. 2 GG), gem. Art. 34 S. 3 GG darf der ordentliche Rechtsweg für den Rückgriff nicht ausgeschlossen werden.

Ergebnis: Art. 34 S. 2 GG ist keine Anspruchsgrundlage für Schadensersatzansprüche gegen den Organwalter; Art. 34 S. 2 GG eröffnet lediglich die Möglichkeit des Rückgriffs, er ordnet für diesen Fall aber gewisse Beschränkungen an.

2. Die beamtenrechtlichen Haftungsvorschriften (§ 46 BRRG, § 78 BGB)²:

Ist der Organwalter Beamter, so finden die Beamten-gesetze Anwendung. Die Haftung der Beamten ist in den verschiedenen Beamtengesetzen von Bund und Län- dern im wesentlichen gleich geregelt.³ Aus diesem Grunde sollen lediglich § 46 BRRG und § 78 BBG (exemplarisch) näher untersucht werden. Beide Vor- schriften sind wörtlich identisch.

Gem. § 46 Abs. 1 S. 1 BRRG (= § 78 Abs. 1 S. 1 BBG) ist der Beamte, der schuldhaft die ihm obliegenden Pflichten verletzt hat⁴, dem Dienstherrn, dessen Aufgaben er wahrgenommen hat, gegenüber verpflichtet, den aus der Pflichtverletzung entstandenen Schaden zu ersetzen. Hat der Beamte seine Pflichtverletzung

¹ Schäfer, SKV 67, 317 (323); Staudinger, § 839, Rdn. 207; Scholz, S. 64.

² Vgl. auch die beabsichtigte Neufassung in § 28 des Entwurfs eines Staatshaftungsgesetzes (vgl. dazu BT-Drcks. 9/25).

³ Vgl. dazu Ule, § 46 BRRG, Anm. 15, wo auf vereinzelte Ab- weichungen in den Ländergesetzen hingewiesen wird.

⁴ Gemeint sind u.a. Dienstvergehen i.S. v. § 45 Abs. 1 BRRG, s. dazu Ule, § 46 BRRG, Anm. 6.

in Ausübung und nicht nur bei Gelegenheit des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes verletzt, so beschränkt sich seine Haftung gem. § 46 Abs. 1 S. 2 BRRG (= § 78 Abs. 1 S. 2 BBG) auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Handeln.¹

§ 46 Abs. 2 BRRG (= § 78 Abs. 2 BBG) enthält eine Sonderregelung für den Fall, daß der Dienstherr auf Grund des Art. 34 S. 1 GG einem Dritten Schadensersatz geleistet hat. Entsprechend Art. 34 S. 2 GG soll Rückgriff deshalb nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit genommen werden.²

Ergebnis: Die Schadensersatzansprüche des (staatlichen) Dienstherrn sind zwar weitgreifend und umfassend, sie beschränken sich jedoch auf den Beamten, auf andere Personen finden sie keine Anwendung.³

3. Erstattungsgesetz vom 18.4.1937⁴:

Bereits aus § 1 Abs. 1 ErstG geht hervor⁵, daß dieses Gesetz kein materielles Recht enthält. Das Gesetz enthält eine bloße Verfahrensregelung mit dem Ziel, einen dem öffentlich verwalteten oder verwahrten Vermögen zugefügten Schaden unter bestimmten, im Gesetz näher geregelten Voraussetzungen wieder auszugleichen. Eine eigene Schadensersatznorm enthält das ErstG nicht.⁶

¹ Ule, § 46 BRRG, Anm. 6.

² § 46 Abs. 2 BRRG bzw. § 78 Abs. 2 BBG wäre eigentlich überflüssig, da der hier geregelte Fall bereits von § 46 Abs. 1 S. 2 BRRG mitumfaßt wird, vgl. dazu Ule, § 46 BRRG, Anm. 9; Fischbach, § 78, S. 643.

³ Fischbach, S. 629; Ule, § 46 BRRG, Anm. 1.

⁴ Gesetz über das Verfahren für die Erstattung von Fehlbeständen an öffentlichem Vermögen v. 18.4.1937, RGBI I, S. 461 ff; zur Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz vgl. BAG (U.v. 25.6.68; Az.: 1 AZR 4/5/67) in BAGE 21, 65.

⁵ § 1 Abs. 1 ErstG lautet: "Gegen einen Beamten, Angestellten und Arbeiter im Dienste des Bundes und bundesunmittelbarer Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie gegen einen Soldaten, der infolge schuldhaften Verhaltens für einen Fehlbestand am öffentlichen Vermögen seiner Verwaltung haftet, ist ein Erstattungsverfahren durchzuführen, und zwar auch dann, wenn sein Dienstverhältnis beendet ist."

⁶ Heuser-Kobel, ErstG, Vorb zu § 1, Anm. 3 und § 1, Anm. 10, S. 88.

Gesamtergebnis zu I: Allgemeine, fachübergreifende öffentlich-rechtliche Haftungsnormen gibt es nicht.

II. BESONDERE (FACHSPEZIFISCHE) ÖFFENTLICH-RECHTLICHE HAFTUNGSNORMEN:

Obgleich es keine allgemein-verbindlichen Haftungsnormen gibt, existieren dennoch viele Spezialgesetze, die eine Haftung von Organwaltern regeln. Auch hierüber soll zunächst ein Überblick gegeben werden.

1. Haftung der Mitglieder von Selbstverwaltungsorganen der Sozialversicherung (§ 42 SGB IV)¹

§ 42 SGB IV löst § 14 SVwG² ab, wonach die Mitglieder der Selbstverwaltungsorgane der Versicherungsträger (außer den Versichertenältesten und den Vertrauensmännern) dem Versicherungsträger wie ein Vormund seinem Mündel hafteten.³

a. § 42 Abs. 2 S. 1 SGB IV

§ 42 Abs. 2 S. 1 SGB IV regelt die Haftung der ehrenamtlich Tätigen für Schäden, die sie dem Versicherungsträger zufügen. Zu ersetzen ist der durch schuldhaftes Pflichtverletzung des Organwalters entstandene Schaden des Versicherungsträgers, der ggfs. auch darin bestehen kann, daß der Versicherungsträger einem Dritten gegenüber haftbar geworden ist. Die Haftung tritt regelmäßig bereits bei leichter Fahrlässigkeit ein.⁴

¹ Sozialgesetzbuch (SGB), 4. Buch (IV) v. 23.12.76, BGBl I 3845; vgl. im übrigen die beabsichtigte Neufassung in § 29 des Entwurfs eines neuen Staatshaftungsgesetzes, vgl. dazu BT-Drcks. 9/25.

² Selbstverwaltungsgesetz i.d.F. des 8. Änderungsgesetzes vom 7.8.1973, BGBl I, 957.

³ Vgl. hierzu Krause - v. Maydell, § 42, Anm. 1; Schulz-Lücke, S. 84/85. Vgl. zu früheren Regelungen ferner § 1833 Abs. 1 S. 1 BGB.

⁴ Krause - v. Maydell, § 42 SGB IV, Anm. 18

b. § 42 Abs. 2 S. 2 SGB IV

§ 42 Abs. 2 S. 2 SGB IV bezieht sich ausschließlich auf die Fälle der Rückgriffshaftung wegen einer Amtspflichtverletzung (Art. 34 GG, § 839 BGB). § 42 Abs. 2 S. 2 SGB IV wiederholt dabei Art. 34 S. 2 GG. Wie oben bereits erwähnt, ist hiernach die Haftung des Organwalters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt.¹

2. Die Haftung der Organwalter der Bundesanstalt für Arbeit gem. § 205 AfG^{2,3}

Die Mitglieder der Organe der Bundesanstalt üben ihre Tätigkeit ehrenamtlich aus (§ 206 Abs. 1 S. 1 AfG). Die Organwalter haften "der Bundesanstalt für treue und gewissenhafte Führung der Geschäfte wie ein Vormund seinem Mündel" (§ 205 Abs. 1 AfG). § 205 Abs. 1 AfG verweist damit auf § 1833 BGB. Die Organwalter haften demnach für jeden aus einer Pflichtverletzung entstandenen Schaden, soweit ihnen ein Verschulden zur Last fällt.

3. Die kommunalrechtlichen Haftungsvorschriften

a. § 30 Abs. 3 GONW⁴

Die Haftung beschränkt sich auf Schäden, die infolge eines Ratsbeschlusses entstanden sind.⁵ Die Haftung der Ratsmitglieder tritt in diesen Fällen nur dann ein, wenn

¹ Krause-v. Maydell, § 42 SGB IV, Anm. 19.

² Arbeitsförderungsgesetz (AfG) vom 25.6.69 (BGBl I S. 582). Zuletzt geändert am 18.8.1970 (BGBl I, S. 1469).

³ Vgl. auch die geplante Neufassung des § 205 AfG gemäß § 30 ESTHG (vgl. dazu BT-Drs. 9/25), wonach § 205 AfG künftig an die Neuregelung des § 42 SGB IV (vgl. § 29 ESTHG) und damit an die Neuregelung der beamtenrechtlichen Haftungsvorschriften angepaßt werden soll.

⁴ Gemeindeordnung für das Land NRW i.d.F. v. 1.10.79 GVNW 79, 594; wörtlich identisch mit § 22 III KreisO NRW; § 15 Abs. 1 S. 3 Land.Verb.O NRW.

⁵ Kottenberg-Rehn, § 30 III 1.

- das Ratsmitglied bei der Mitwirkung an einem Beschluß vorsätzlich oder grob fahrlässig seine Pflichten verletzt hat,
- oder wenn es an einem Beschluß in Kenntnis (also vorsätzlich) eines Ausschlußgrundes gem. § 23 GO NW mitgewirkt hat,
- oder wenn es bei dem Ratsbeschluß vorsätzlich Ausgaben bewilligt hat, ohne daß hierfür eine gesetzliche Ermächtigung oder die erforderlichen Deckungsmittel vorhanden waren.¹

Ob § 30 Abs. 3 GO NW eine abschließende Regelung darstellt, ist umstritten; die Haftung der übrigen Organwalter wird im Gesetz nicht erwähnt.^{2,3}

b. § 39 Abs. 4 Nds.GO⁴, § 65 Abs. 3 Nds.GO⁴

§ 39 Abs. 4 Nds.GO⁵ regelt die Haftung des Ratsherrn, § 65 Abs. 3 Nds.GO betrifft die Haftung des Gemeindevorstehers.

Die niedersächsische Regelung in § 39 Abs. 4 Nds.GO ist allgemeiner als die nordrhein-westfälische und damit zugleich umfassender. Gem. § 39 Abs. 4 Nds. GO haftet der Ratsherr, wenn er seinen Pflichten⁶ vor-

¹ Rauball, § 30, Anm. 5.

² Bejahend z.B. für den Bürgermeister, vgl. VG Gelsenkirchen (U.v. 1.7.71, Az.: 1 K 333/70) in Kottenberg-Steffens-Henrichs, Rspr. Slg. zu § 30 Nr. 3 S. 16/17; bezüglich der Ausschlußmitglieder gilt § 30 III GO NW wegen § 42 Abs. 1 Satz 5 GO NW entspr., vgl. Türk, S. 142.

³ Zum Verhältnis zu §§ 823 ff BGB vgl. z.B. Türk, S. 164/165; VG Gelsenkirchen (s. Fnte 2); andererseits aber Feldhaus, der S. 168, 173/174 ausführt, § 30 GO NW sei eine ausschließliche, abschließende gesetzliche Regelung.

⁴ i.d.F. v. 18.10.1977, Nds. GVBl 77, 497.

⁵ § 39 Abs. 4 Nds.GO ist identisch mit § 39 Abs. 3 Nds.GO a.F.

⁶ Vgl. vor allem die §§ 25-29 Nds.GO.

sätzlich oder grobfahrlässig zuwider handelt, und der Gemeinde hieraus ein Schaden entsteht.¹ Die Haftung ist nicht auf Ratsbeschlüsse beschränkt.

Der Gemeindedirektor haftet für Schäden, die dadurch entstehen, daß er es vorsätzlich oder grobfahrlässig unterläßt, einen Einspruch gegen rechtswidrige Ratsbeschlüsse einzulegen (§ 65 Abs. 3 i.V.m. § 65 Abs. 1 Nds.GO)

c. Art. 20 Abs. 3², Art. 51 Abs. 2² bay.GO

Die bayerische Gemeindeordnung enthält ein haftungsrechtliches Kuriosum. Art. 20 Abs. 3 bay.GO bestimmt, daß dem ehrenamtlich tätigen Bürger - unbeschadet seiner zivilrechtlichen Haftung (!) - bei Verfehlungen ein Bußgeld auferlegt werden kann. Andererseits heißt es in Art. 51 Abs. 2 bay.GO, daß kein Mitglied des Gemeinderats zu irgendeiner Zeit wegen seiner Abstimmung gerichtlich oder dienstlich verfolgt werden darf. Dieser innere Widerspruch zwischen beiden Vorschriften wird von den Autoren zum bayerischen Kommunalrecht mit dem Argument gelöst, ein bayerisches Gesetz könne wegen Art. 31 GG nicht die Haftung aus den §§ 823 ff BGB beseitigen.³

4. Haftung der Organwalter von Studentenschaften gem. § 79 Abs. 7 WissHG NW⁴

Unter dem Eindruck des vielfachen Mißbrauchs öffentlicher Gelder durch Vertreter der Organe der verfaß-

¹ Hensen-Neuffer, § 39, Anm. 6; Türk, S. 146.

² i.d.F. vom 31.5.1978, bay. GVBl 78, 353.

³ Vgl. z.B. Prandl-Zimmermann, Art. 51, Anm. 5; Kuchtnr, Bay. Bürg. 1953, 79(80); Massons-Samper, Art. 51 bay.GO, Anm. 9; Prandl, Bay.Bürg. 53, 4(6).

⁴ Gesetz über die wissenschaftlichen Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen v. 20.11.79, GV NW, S. 926; vgl. ferner § 50 FHG NW (Gesetz über die Fachhochschulen im Lande NRW v. 20.11.79 GV NW, 964).

ten Studentenschaft¹ entschloß sich der nordrhein-westfälische Gesetzgeber, eine Haftungsvorschrift in das Gesetz aufzunehmen. Gem. § 79 Abs. 7 WissHG hat das Mitglied eines Organes der Studentenschaft oder einer Fachschaft der Studentenschaft dieser den ihr entstehenden Schaden zu ersetzen, wenn es vorsätzlich oder grobfahrlässig die ihm obliegenden Pflichten verletzt hat.

§ 4 Haftungsausschliessende Normen?²

Neben den haftungsbegründenden gibt es auch haftungsausschließende Normen:

I. ART. 46 GG

Art. 46 GG, ihm folgend die Länderverfassungen³, regelt die Immunität und Indemnität der Bundestagsabgeordneten. Durch die Immunität (i.e.S.) wird die Unverletzlichkeit der Person des Abgeordneten garantiert⁴ (Art. 46 Abs. 2-4 GG), durch die Indemnität ist die Unverantwortlichkeit (besser: Verantwortungs-freiheit) des Abgeordneten sichergestellt⁵, Art. 46 Abs. 1 GG.

Der hier interessierenden Privilegierung des Art. 46 Abs. 1 GG liegt der Gedanke zugrunde, die Position des Abgeordneten und die Ausübung des Mandats im weitesten Umfang vor Sanktionen zu schützen, um einer (auch nur mittelbaren) Beeinträchtigung der Arbeitsweise und Arbeitsfähigkeit des Parlaments vorzubeugen.⁶

¹ LT-Drcks. 8/5580 C ff (beispielhaft); vgl. ferner LT-Drcks. 8/3142, 535, wonach der fragliche Abs. 7 geschaffen wurde, um "Verantwortung in den Gremien der Studentenschaft zu verankern".

² Auch hier kann nur ein Überblick vermittelt werden. Zu Art. 51 Abs. 2 bay.GO, vgl. Seite 16.

³ Vgl. z.B. Art. 47, 48 LV NW (Verfassung des Landes NRW v. 18.6.50 GV NW, S. 127.

⁴ Vgl. ferner Art. 48 LV NW; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 46, Rdn. 4.

⁵ Vgl. z.B. Art. 47 LV NW; ferner Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 46, Rdn. 3.

⁶ Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 46, Rdn. 6.

Privilegiert werden durch Art. 46 Abs. 1 Abstimmungen und Äußerungen, beide sind lückenlos vor hoheitlichen Sanktionen geschützt.¹ Ausgeschlossen sind deshalb insbesondere auch Schadensersatzklagen - des Staates oder Dritter - gegen den Abgeordneten aus Anlaß seiner Tätigkeit im Parlament.² Art. 46 Abs. 1 privilegiert aber nur Bundestagsabgeordnete (... "ein Abgeordneter..."). Anders als vormals Art. 36 WRV bezieht das Grundgesetz die Abgeordneten der Länder nicht in die Indemnität mit ein.³ Die Indemnität der Landtagsabgeordneten der einzelnen Länder folgt vielmehr aus den Landesverfassungen. Die Länder wären aber auch durch Art. 46 Abs. 1 i.V.m. Art. 31 GG in ihrer Entscheidungsfreiheit nicht gebunden, da hinsichtlich der Indemnität von Landtags- und Bundestagsabgeordneten verschiedene Gesetzgebungsgegenstände vorliegen.⁴

Aus dem Vorhergesagten folgt, daß die Regelung des Art. 46 Abs. 1 GG und die Vorschriften der einzelnen Länderverfassungen streng kasuistisch sind, sie sind deshalb auf andere Bereiche der Organverwaltung nicht übertragbar. Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen gelten nur für die jeweils betroffenen Parlamente, sie besitzen keinen allgemein-verbindlichen Charakter.⁵

¹ Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Rdn. 11; Speiser, S. 109.

² So die h.M., Geller-Kleinrahm-Fleck, Art. 47 LV NW, Anm. 6; Maunz in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 46, Rdn. 19 unter Hinweis auf Fnte 1; OLG Karlsruhe (B.v. 12.10.56, Az.: 1 W 130/56), DÖV 56, 762. Vgl. im übrigen BGH (U.v. 18.12.79, Az.: IV ZR 240/78) NJW 80, 780 ff; sowie Roll NJW 1980, 1439 f; a.A. Ruland, Der Staat, S. 479, vgl. aber seine umfassende Zitatsammlung, S. 459, Fnte 8.

³ Maunz-Dürig-Herzog, Art. 46, Rdn. 7; Geller-Kleinrahm-Fleck, Art. 47, Anm. 2.

⁴ Wie Fnte 3; im übrigen Speiser, S. 109; Odenthal, StT 63, 496 (497).

⁵ Odenthal, StT 63, 496 (497).

II. §§ 81-87 VwVfG¹

Die §§ 81-87 VwVfG regeln die Tätigkeit des ehrenamtlichen Bürgers im Verwaltungsverfahren. Eine Haftungsregelung enthalten diese Vorschriften nicht. Es wäre jedoch falsch, hieraus den negativen Rückschluß zu ziehen, der Gesetzgeber habe auf eine Haftung verzichten wollen. Der Gesetzgeber ging beim Erlaß des VwVfG vielmehr davon aus, daß die allgemeinen Haftungsbestimmungen anwendbar und ausreichend seien.²

§ 5 Die Analogiefähigkeit öffentlich-rechtlicher Haftungsnormen

Es ist zwischenzeitlich deutlich geworden, daß in vielen Bereichen der Organverwaltung keine gesetzlichen Haftungsvorschriften bestehen. Diese Regelungslücken könnten grundsätzlich im Wege der Analogie geschlossen werden³; angesichts der Uneinheitlichkeit der bestehenden Haftungsnormen und der Unterschiedlichkeit der zu regelnden Sachgebiete, erscheint eine Analogiemöglichkeit aber außerordentlich fragwürdig.

I. VORAUSSETZUNGEN EINER ANALOGIE

Außer einer Regelungslücke⁴ ist als zweite Voraussetzung einer Analogie erforderlich,

¹ Vgl. im übrigen die entsprechenden VerfahrensgG der einzelnen Länder. •

² Amtl.Begr. zu Teil VII Abschnitt 1 des E 1973 (S. 93); Ule-Laubinger, S. 61; Kuhn, StT 67, 538.

³ Die Analogie ist neben der Auslegung und dem Auffinden "allgemeiner, der Rechtsordnung innewohnender Rechtsgedanken" eine anerkannte Methode der Rechtsfortbildung; statt aller vgl. Larenz, S. 401 ff mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁴ Larenz, S. 358; speziell zu Schadensersatzansprüchen, vgl. BVerwG (U.v. 20.3.63, Az.: VI C 169.60) in DVBl 63, 677 (678).

daß die in Betracht gezogene, ggfs. analogiefähige Vorschrift zwar nicht dem Wortlaut nach, wohl aber dem Grundgedanken nach, auf den regelungsbedürftigen Sachverhalt paßt. Die Ähnlichkeit zweier Tatbestände rechtfertigt und gebietet es nämlich, beide Sachverhalte in den für die gesetzliche Wertung maßgeblichen Hinsichten gleich zu behandeln¹; allerdings darf bei der Übertragung der analog anzuwendenden Norm deren ursprünglicher Plan (Wesensgehalt) nicht verletzt werden. Eine Analogie ist also nur im Rahmen der Teleologie der Ausgangsnorm möglich.²

II. MÖGLICHKEIT EINER ANALOGIE IM BEREICH DER ORGANWALTERHAFTUNG

Man wird davon ausgehen können, daß in den hier untersuchten Fällen zumeist echte Gesetzeslücken bestehen, da die jeweiligen Gesetze in der Regel planwidrig unvollständig geblieben sind.³ Eine Analogie wird aber im Rahmen der Organwalterhaftung mangels vergleichbarer Tatbestände ausscheiden müssen.

1. Die Übertragung einer bestimmten Haftungsnorm auf alle übrigen, nicht geregelten Fälle der Organwalterhaftung ist ausgeschlossen.

Es wäre unklar, welcher Haftungsnorm der Vorzug zu geben wäre. Die bestehenden Vorschriften weichen stark voneinander ab und lassen kein einheitliches Raster erkennen; wie Art. 46 Abs. 1 GG zeigt, ist die Haftung in Ausnahmefällen sogar ganz ausgeschlossen.⁴

¹ Forsthoff, § 9, S. 168; Larenz, S. 366; Schack, Analogie, S. 278; Wolff-Bachof, VR I, § 28 III d.

² Larenz, S. 351 ff; Wolff-Bachof, VR I, § 28 III d 2.

³ Eine Regelungslücke wäre zu verneinen, wenn der Gesetzgeber bewußt auf eine Haftungsvorschrift verzichtet hätte; Larenz, S. 258.

⁴ Art. 46 Abs. 1 GG ist sicher nicht analogiefähig, weil es sich um eine Ausnahmenvorschrift handelt.

a. Am ehesten verallgemeinerungsfähig wären noch die beamtenrechtlichen Haftungsnormen, da sie bundesweite Geltung besitzen. Eine analoge Anwendung würde aber den Rahmen der Beamtengesetze sprengen. Schadensersatzpflichtig ist nur, wer Beamter ist; denn die Beamtengesetze beschränken sich strikt auf den ihnen unterliegenden Personenkreis: die Beamten.¹ Fehlt es an dem spezifischen "beamtenrechtlichen Treueverhältnis", so können die Beamtengesetze auch dann nicht zur Anwendung kommen, wenn der andere Personenkreis - wie hier die Organwalter - im weitesten Sinne "im öffentlichen Dienst tätig" ist.

b. Auch von den fachspezifischen Normen ist keine verallgemeinerungsfähig. Die fachspezifischen Normen regeln ein besonderes Sachgebiet (z.B. Kommunalrecht, Hochschulrecht etc.). Die Übertragung einer derartigen Spezialnorm (z.B. § 30 Abs. 3 GO NW) auf alle anderen nicht geregelten Bereiche (z.B. auf das hessische Hochschulrecht) würde dem ursprünglichen, spezifischen Gesetzeszweck der Ausgangsnorm zuwiderlaufen. Jedes Fachgesetz (also auch dessen Haftungsnormen) geht von einem besonderen, nur ihm urtümlichen Sachverhalt aus, der mit den Sachverhalten anderer Fachgebiete nicht ohne weiteres vergleichbar ist. Es fehlt also an der wichtigsten Voraussetzung für eine Analogie, nämlich an der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit des geregelten und^{der}zu regelnden Fälle.

¹ Ule, § 46 BRRG, Anm. 1.

2. Denkbar wäre allenfalls, daß einzelne Spezialnormen im Rahmens ihres Fachgebiets analogiefähig sind.

Auch hier steht man zum Teil vor der Schwierigkeit (z.B. im Kommunalrecht), daß mehrere analogiefähige Normen unterschiedlichen Inhalts vorhanden sind. Letztlich scheitert eine Übertragung einzelner Vorschriften im Rahmen derselben Fachgebiete daran, daß dies ein Eingriff in eine fremde Gesetzgebungszuständigkeit wäre. Das Recht der Selbstverwaltungskörperschaften ist in verschiedene Gesetzgebungszuständigkeiten - zumeist der Länder - zersplittert. Es ist deshalb z.B. nicht möglich, § 79 WissHG NW auf das niedersächsische Hochschul- und Studentenchaftsrecht anzuwenden.

Ergebnis: Die analoge Anwendung öffentlich-rechtlicher Haftungsnormen scheidet aus.

3. Teil: Das "verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis" als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs gegenüber dem Organwalter"

Neben dem Analogieschluß gibt es eine weitere Methode der Rechtsfortbildung, nämlich die Gewinnung "allgemeiner Rechtsgedanken" aus der Rechtsordnung selbst. Larenz¹ nennt diese Methode "die Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein ethisches Prinzip". Der Analogieschluß und die Gewinnung "allgemeiner Rechtsgedanken" überlappen sich in ihren Grenzbereichen und können deshalb in der Praxis nur schwer unterschieden werden.² Bei der Gewinnung allgemeiner Rechtsgedanken handelt es sich um Rechtssätze, die der Rechtsordnung immanent sind³, also gleichermaßen das öffentliche wie das private Recht beherrschen.⁴

Auf der Suche nach derartigen "allgemein anerkannten Grundsätzen der Rechtsordnung" stößt man auf die eingangs zitierte Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1940.⁵ Dieses Urteil wirft die Frage auf, ob die mangelhafte Erfüllung bzw. die Verletzung von Rechtspflichten - auch dann wenn sie öffentlich-rechtlicher Natur sind - nach allgemein anerkannten Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung einen Schadensersatzanspruch zugunsten des Betrof-

¹ Larenz, S. 410 ff.

² Zur Begriffsverwirrung vgl. Papier, S. 72 ff; ferner Larenz, S. 351 ff.

³ Larenz, S. 410/411; Forsthoff, § 9, S. 168; typisches Beispiel: § 242 BGB.

⁴ Blume, S. 155; Larenz, S. 410/411; Schack, Analogie, S. 279; Forsthoff, § 9, S. 168.

⁵ RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) in RGZ 165, 324 ff, vgl. § 2, dort Gruppe 3, S. 3 ff.

fenen begründet. In diesem Falle wäre auch der Organwalter, sofern ihm Rechtspflichten obliegen, schadensersatzpflichtig. Die Entscheidung des Reichsgerichts ist - wie dargelegt - nicht vereinzelt geblieben.¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat im Anschluß an die Entscheidung des Reichsgerichts den Leitsatz geprägt²: "Nach allgemeinen Grundsätzen der deutschen Rechtsordnung verpflichtet im öffentlichen wie im bürgerlichen Recht jede rechtswidrige und schuldhaftige Vereitelung eines Erfüllungsanspruchs - unabhängig von einem etwa bestehenden Anspruch aus unerlaubter Handlung - zu Schadensersatz". Die Urteilsgründe der zitierten Entscheidungen erinnern deutlich an das zivilrechtliche Rechtsinstitut der "positiven Vertragsverletzung" (pVV) oder, treffender gesagt, der "positiven Forderungsverletzung" (pFV).^{3,4} Auch das zivilrechtliche Rechtsinstitut der pFV ist gesetzlich nicht geregelt, es ist mittlerweile gewohnheitsrechtlich in unserem Rechtssystem verankert.⁵ Ein Schadensersatzanspruch aus zivilrechtlicher pFV setzt ein Schuldverhältnis zwischen den Betroffenen und einen schuldhaften Verstoß gegen eine aus dem Schuldverhältnis resultierende Pflicht voraus.

Ähnliche Gedankengänge sind auch schemenhaft bei den zur Organwalterhaftung zitierten Urteilen zu

¹ BVerwG (U.v. 20.3.63, Az.: VI C 169.60) DVBl 63, 677; BVerwG (U.v. 28.1.65, Az.: II C 108/62) DÖV 65, 670 (671); VGH Kassel (U.v. 11.12.57, Az.: O S 1 136/56) DVBl 59, 215.

² BVerwG (U.v. 20.3.63, Az.: VI C 169.60) DVBl 63, 677.

³ Vgl. zur pFV im Zivilrecht statt aller Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 7.

⁴ Der Begriff der "positiven Vertragsverletzung" ist in doppelter Hinsicht ungenau: Einmal beschränkt sie sich nicht auf Vertragsverhältnisse, zum anderen kann sie nicht nur in einem Tun, sondern auch in einem Unterlassen bestehen, vgl. dazu Medicus, Rdn. 306, 307.

⁵ Statt aller Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 7a, bb.

Tage getreten.¹ Damit zeigt sich zum ersten Male ein dogmatischer Ansatz, der erwägenswert erscheint. Kennt das öffentliche Recht "Schuldverhältnisse" und Ansprüche aus positiver Forderungsverletzung? Besteht im Bereich der Organverwaltung eine schuldrechtsähnliche Sonderbeziehung, die den Organwalter bei Pflichtverletzungen nach den Grundsätzen der pFV zum Schadensersatz verpflichtet?

§ 6 "Das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis" als allgemein anerkanntes Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts und seine haftungsrechtliche Relevanz

I. DAS "ÖFFENTLICH-RECHTLICHE SCHULDVERHÄLTNIS" ALS INSTITUT DES ÖFFENTLICHEN RECHTS

Der aus dem Zivilrecht stammende Begriff des "Schuldverhältnisses" hat bereits vor Jahrzehnten in das öffentliche Recht Einzug gehalten.² Man kann mittlerweile uneingeschränkt feststellen, daß "öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse" heute allgemein anerkannt sind³, ja vereinzelt haben sie so-

¹ OLG Bamberg (U.v. 2.1.57, Az.: 1U 107/56) Bay.Bürg. 1957, 137 (138); Bay ObLG (U.v. 8.12.61, Az.: 1 Z 55/59) in Bay ObLGZ 61, 355 (367,368); ferner Bay ObLG (U.v. 22.2.52, Az.: I 57/51) in Bay ObLGZ 52, 59 (66).

² RG (U.v. 2.2.18, Az.: I 245/17) in RGZ 94, 96 (97 ff); RG (U.v. 15.1.27, Az.: I 171/26) in RGZ 115, 419 (421); zur historischen Entwicklung vgl. im übrigen die Zusammenstellung bei Papier, S. 58, Fn 19; ferner Papier, in Münchener Kommentar, § 839, Rdn. 44.

³ Aus der Rechtsprechung: BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (218,219); BVerwG (U.v. 24.8.61, Az.: II C 165.59) in BVerwGE 13, 17 (21) u.v.a. mehr.

Aus der Literatur: Eckert, DVBl 62, 11 ff; Papier, S. 88, 160; Bender, S. 74/75; Ossenbühl, S. 217 (226); Wolff-Bachof, VR I, § 44 I, S. 338; Janson, DÖV 79, 696 (697) u.v.a. mehr.

gar gesetzlichen Niederschlag gefunden.¹

Die Einhelligkeit von Rechtsprechung und Lehre bezüglich der Existenz des "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses" endet bei dem Versuch seiner Definition. Die begriffliche Eingrenzung ist stark umstritten und bereitet erhebliche Schwierigkeiten:

1. Der Meinungsstand

a. Nach anfänglichem Zögern entwickelte das Reichsgericht aus einer rein zivilrechtlichen Betrachtungsweise (zunächst) das Institut "der öffentlichen Verwahrung".² Auch in der Folge ging das Reichsgericht streng kasuistisch vor, es beschränkte die "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisse" auf einige wenige Bereiche des öffentlichen Rechts.³

b. Der Bundesgerichtshof hat einen weniger engen Standpunkt eingenommen. In seiner Grundsatzentscheidung vom 9.7.1956⁴ hält der BGH prinzipiell einen "schuldrechtlichen" Anspruch neben der deliktischen Amtshaftung für möglich. Er begrenzt die "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisse" jedoch allgemein auf die Fälle, "wo ein besonders enges Verhältnis des einzelnen zum Staat oder zur Verwaltung begründet worden ist und mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung ein Bedürfnis zu einer angemessenen Verteilung der Verantwortung innerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt".⁴ Als weitere Voraussetzung fordert der BGH, daß das staatliche Handeln innerhalb des "Verhältnisses" Ausfluß der fürsorgerischen Tätigkeit in bezug auf den Einzelnen sei.⁴

¹ Z.B. der öffentlich-rechtliche Vertrag in den §§ 54-62 VwVfG; die öffentlich-rechtliche Verwahrung und das allg. Schuldverhältnis in § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO.

² RG (U.v. 6.5.20, Az.: VI 455/19) in RGZ 99, 96 (97 ff) und (U.v. 15.1.27, Az.: I 171/26) in RGZ 115, 419 (421).

³ So z.B. das Beamtenverhältnis und gewisse Anstaltsverhältnisse vgl. im einzelnen die Nachweise bei Papier, S. 46 ff; ferner auch BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (218/219).

⁴ BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (218/219).

Diese Entscheidung, die zum ersten Mal in verallgemeinerungsfähiger Form die Konturen des "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses" umreißt, wird in den späteren Urteilen immer wieder aufgegriffen¹, sie hat im übrigen auch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung mitgeprägt.²

Die neuere Rechtsprechung ist weniger restriktiv, da sie nicht mehr - jedenfalls nicht mehr explizit - auf ein besonderes Fürsorgeverhältnis zwischen Staat und Bürger abstellt.³ Offenbar soll es nunmehr nur noch darauf ankommen, daß eine besonders enge Beziehung zwischen den jeweiligen Rechtssubjekten besteht und daß ein Bedürfnis für eine angemessene Verteilung der Verantwortlichkeit besteht.^{4,5}

c. In der Literatur gehen die Meinungen weit auseinander.

aa. Zu den Vertretern einer weitherzigen Definition gehören Karl Friederichs⁶, Lutz Eckert⁷ und Hans-Jürgen Papier⁸:

¹ Vgl. nur beispielhaft BGH (U.v. 27.6.63, Az.: III ZR 5/62) in NJW 63, 1828; ferner BGH (U.v. 20.6.74, Az.: III ZR 97/72) in NJW 74, 1816. Im übrigen sei auf die Rechtsprechungsübersicht bei Ossenbühl, S. 216-226 verwiesen.

² So bejaht auch das BVerwG (U.v. 24.8.61, Az. II C 165.59) in BVerwGE 13, 17 (22) Schadensersatzansprüche des Beamten aus der besonderen Fürsorgepflicht des Staates heraus, andererseits scheint diese Rechtsprechung weiter gefaßt zu sein, vgl. z.B. BVerwG (U.v. 25.11.71, Az.: I C/70) JR 72, 305 (306), wo ohne auf die strengen Anforderungen BGH einzugehen, ein öffentlich-rechtliches Auftragsverhältnis bejaht wird.

³ Vgl. BGH (U.v. 4.10.72, Az. VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300; BGH (U.v. 20.6.74, Az.: III ZR 97/72) in NJW 74, 1816; BGH (U.v. 13.10.77, Az.: III ZR 112/75) in DVBl 78, 108-110; OLG Karlsruhe (U.v. 10.4.74, Az.: 12 U 111/73) NJW 74, 1824 (1825); BVerwG (U.v. 25.11.71, Az.: I C 70) JR 72, 305 (306); BVerwG (U.v. 5.3.68, Az.: I C 35.68) DVBl 68, 919 (920).

⁴ BGH (U.v. 20.6.74, Az.: III ZR 97/72) in NJW 74, 1816; vgl. hierzu auch Tiemann, Bay VBl 74, 57; zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. ferner Janson, DÖV 79, 696 (697).

⁵ So auch schon BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (218).

⁶ Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 42, S. 28 ff.

⁷ DVBl 62, 11 ff.

⁸ "Die Forderungsverletzung im öffentlichen Recht".

Karl Friederichs¹ meint, unter Zugrundelegung von § 241 BGB sei das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis als ein Rechtsverhältnis anzusehen, kraft dessen "ein Gläubiger von einem Schuldner aus einem Titel des öffentlichen Rechts ein Geben, ein Tun oder ein Unterlassen" verlangen kann.² Er begrenzt das "öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis" allerdings auf zweiseitig verpflichtende Beziehungen.³

Lutz Eckert⁴ definiert das "öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis" unter Bezug auf § 241 BGB ähnlich, wengleich er auch einseitige Schuldverhältnisse gelten läßt⁵, allerdings mit der Maßgabe, daß er einseitige Verpflichtungen von Privatrechtssubjekten, die diesen auf Grund eines Gesetzes, Gewohnheitsrechts oder durch Verwaltungsakt auferlegt sind, aufnehmen will.^{6,7}

Hans-Jürgen Papier⁸ versteht unter dem Begriff des Schuldverhältnisses im privaten wie im öffentlichen Recht eine rechtliche Sonderverbindung einzelner Rechtssubjekte, bei der die Leistungspflicht der einen Seite dem Forderungsrecht der anderen Seite entspricht.⁹ Weitere Eingrenzungen will Papier nicht machen.

Wieder andere Autoren liefern ähnlich weitgefaßte Begriffe¹⁰, auf die aber im einzelnen nicht weiter eingegangen werden soll.

¹ Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 42, S. 28 ff.

² Friederichs, a.a.O., S. 30.

³ Friederichs, a.a.O., S. 30/31.

⁴ Eckert, DVBl 62, 11.

⁵ Eckert, DVBl 62, 11 (12).

⁶ Eckert, DVBl 62, 11.

⁷ S.hierzu ähnlich Blume, S. 134/135.

⁸ Papier, S. 88, S. 160.

⁹ Ähnlich auch Bender, S. 74/75; Ossenbühl, S. 217(226), die ebenfalls einen weiten öffentlich-rechtlichen Schuldrechtsbegriff annehmen und lediglich einen besonders engen Kontakt fordern.

¹⁰ Vgl. z.B. noch Bender, S. 74/75, Rdn.188-191; Ossenbühl, S. 227, 228; ferner auch Erichsen-Martens, S. 120-123, 128-130.

bb. Auf der anderen Seite werden ähnlich wie in der Rechtsprechung zahlreiche Versuche gemacht, den Begriff des "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses" einzuengen.

Hans-J. Wolff¹ will nur die Sonderverbindungen als öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse einstufen, kraft deren eine Leistung von Vermögenswert geschuldet wird. Als Begründung führt Wolff an, daß sich für die so begrenzten Sonderverbindungen leichter gemeinsame Grundsätze entwickeln ließen.²

Auch Lothar Simons³ will eine Vermögenswertigkeit der Leistung vorsehen, zusätzlich will er noch jene Leistungspflichten von Zivilpersonen ausklammern, die diesen einseitig durch verwaltungsrechtlichen Rechtssatz gegenüber dem Träger der öffentlichen Gewalt auferlegt wurden.

Die restriktivste Auffassung vertritt Janson⁴, der im Anschluß an Simon und Wolff noch weitergehender fordert, daß eine ausdrückliche Übereinkunft vorliegen müsse, um die Sonderrechtsbeziehung zum Entstehen zu bringen.

2. Die Begriffsbestimmung

Wegen der verwirrenden Vielzahl von Definitionen kann die Suche nach einem "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis" im Bereich der Organverwaltung nur dann erfolgreich sein, wenn der Begriff des "Schuldverhältnisses" geklärt ist.

a. Der Ausgangspunkt

Als Ausgangsbasis für das "öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis" bietet sich das Zivilrecht an.

¹ Wolff-Bachof, VR I, § 44, S. 338.

² Wolff-Bachof, VR I, § 44, S. 338.

³ Simons, S. 59.

⁴ Janson, DÖV 79, 696 (697).

Nicht nur der Begriff "Schuldverhältnis" ist aus dem Zivilrecht übernommen worden, sondern auch dessen grundsätzliche inhaltliche Bedeutung wurde dem Zivilrecht entlehnt. Die Rezeption des "Schuldverhältnisses" vom "Zivilrecht" ins "öffentliche Recht" wird im wesentlichen damit begründet, daß beide Rechtskreise die gleichen Strukturen aufweisen. Beide Rechtskreise kennen absolute, d.h. gegenüber jedermann bestehende Rechte und relative Rechte, die nur gegenüber einzelnen Rechtssubjekten als Ausfluß einer besonderen Rechtsbeziehung bestehen.¹ Werden diese Rechte verletzt, so erwachsen dem Betroffenen im Zivilrecht entweder Ansprüche aus unerlaubter Handlung (Schutz der absoluten Rechte) oder aus Forderungsverletzung (z.B. Verzug, Unmöglichkeit, c.i.c., pFV = Schutz der relativen Rechte). Dieser Dualismus wiederholt sich im öffentlichen Recht²; die Deliktshaftung des Staates wird im Amtshaftungsrecht (Art. 34 GG, § 839 BGB) geregelt³; andererseits bestehen auch im öffentlichen Recht (relative) Sonderbeziehungen⁴, die den Beteiligten über das allgemeine Maß hinaus spezielle Rechte und Pflichten auferlegen. Es erscheint naheliegend, auch im Falle der Zuwiderhandlung gegen öffentlich-rechtliche Pflichten einen

¹ Papier, S. 19 ff; Ossewbühl, S. 217 f; Bender, S. 73, Rdn. 187; Henke, DÖV 80, 621 (624).

² Papier, S. 19, dort Fnte 1 m.w.N.; Henke, DÖV 80, 621 (624).

³ Eckert, DVBl 62, 11 (15); Simons, S. 57; Blume, S. 146 ff; Schneider, NJW 62, 705 (708); BVerwG (U.v. 28.1.65, Az.: II C 108/62) in DÖV 65, 670; BGH (U.v. 27.6.63, Az.: III ZR 5/62) in NJW 63, 1828 (inzidenter); BGH (U.v. 24.2.64, Az.: III ZR 221/62) in DRIZ 64, 197; vgl. ferner BGH (U.v. 19.12.60, Az.: GSZ 1/60) in BGHZ 34, 99 (104); ähnlich auch Ruland, Bay VBl 76, 581.

⁴ Zur Definition der Sonderverbindung siehe unten § 6 I 2, S. 29 ff.

Schadensersatzanspruch des Betroffenen anzuerkennen.^{1,2} Jedenfalls zeigt die Existenz von absoluten und relativen Rechten und Pflichten im öffentlichen wie im privaten Recht für beide Rechtsgebiete vergleichbare Strukturen auf.³

Diese Parallelen rechtfertigen es, vom gesicherten Boden des Zivilrechts auszugehen und das Zivilrecht als Primärquelle der Definition des "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses" heranzuziehen.⁴ Es darf dabei aber nicht verkannt werden, daß das Zivilrecht (allein) möglicherweise keine ausreichende Lösung hergibt, um den Besonderheiten des öffentlichen Rechts Rechnung tragen zu können.^{5,6}

¹ Gerade dieser zuletzt genannte Gesichtspunkt macht es nach Papier (S. 19 m.w.N.) auch aus rechtspolitischen Gründen zwingend erforderlich, das Rechtsinstitut "Schuldverhältnis" mit der Rechtsfolge des Schadensersatzes im Falle von Forderungsverletzungen auch in das öffentliche Recht ^{zu} rezipieren. Papier meint zu Recht, das Amtshaftungsrecht biete für den Betroffenen oft keinen ausreichenden Schutz.

² Zur Rechtsfolgenseite (pFV), vgl. § 6 II, S. 44.

³ Henke, DÖV 80, 621 (623), schreibt, das öffentliche Rechtsverhältnis sei in seiner Grundstruktur dem privaten gleich.

⁴ Dieser Methode folgt u.a. auch der BGH, wenn er (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (215) von einer "sinngemäßen Anwendung des vertraglichen Schuldrechts" spricht; vgl. ferner Blume, S. 133; Simons, S. 85 ff; Janson, DÖV 79, 696; Papier, S. 19 ff m.w.N.

⁵ Vgl. § 6 I 2b, wo zu den verschiedenen Einschränkungen in Literatur und Rechtsprechung Stellung genommen wird.

⁶ Henke, DÖV 80, 621 (623) stellt hierzu klar: "Die Besonderheit des öffentlichen Rechtsverhältnisses liegt vielmehr darin, daß der andere Beteiligte, "die Verwaltung", zwar auch eine ... Person ist, aber nicht wie der Private grundsätzlich frei, sondern stets in den engen Bindungen und Verantwortlichkeiten eines Amtes handelt."

Das zivilrechtliche Schuldverhältnis ist eine Rechtsbeziehung (Sonderverbindung) zwischen (mindestens) zwei Personen, kraft deren die eine (der Gläubiger) von der anderen (dem Schuldner) eine Leistung zu fordern berechtigt ist¹, vgl. § 241 BGB.² Das zivilrechtliche Schuldverhältnis hat demnach zwei Voraussetzungen:

- Es muß eine besonders enge Sonderverbindung (Rechtsbeziehung) zwischen (mindestens) zwei Rechtssubjekten vorliegen.³

Die Sonderverbindung, deren Ursprung vielfältiger Natur sein kann⁴, begründet zwischen den Partnern eine Rechtsbindung.⁵ Damit unterscheiden sich die Sonderverbindungen von bloßen Gefälligkeitsverhältnissen, sowie von sonstigen allgemeinen Lebensbeziehungen, wie sie zu jedermann bestehen. Gefälligkeitsverhältnisse bzw. allgemeine Lebensbezie-

¹ Vgl. Palandt-Heinrichs, Einl. v. § 241, Anm. 1a; Erman-Sirp, § 241, Rdn. 2; Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 12; Soergel-Schmidt, Vorb. § 241, Rdn. 3; Staudinger-Weber, Einl. vor § 241, Anm. Cl.

² Das zivilrechtliche Schuldverhältnis hat freilich in § 241 BGB nur umrißweise seinen Niederschlag gefunden; Palandt-Heinrichs, § 241, Anm. 1, hat nachgewiesen, daß § 241 BGB keine eigentliche Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses gibt, sondern nur dessen Wirkungen aufführt, ohne diese zu erschöpfen; ebenso Erman-Sirp, § 241, Anm. 1; Kramer, in Münchener Kommentar, § 241, Rdn. 1.

³ Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 241, Anm. 1a; Blume, S. 146; Erman-Sirp, § 241, Rdn. 2; Staudinger-Weber, Einl. vor § 241, Anm. Dl.

⁴ Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305, Anm. 2; Erman-Sirp, Einl. zu § 241, Rdn. 16; Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 47 ff; Wolff-Bachof, § 44 I b, S. 340; vgl. im übrigen die Nachweise auf S. 41.

⁵ Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 241, Anm. 2; Erman-Sirp, Einl. zu § 241, Rdn. 21; Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 28 ff.

hungen scheiden als Sonderverbindung aus, da die verschiedenen Rechtssubjekte entweder keine Rechtsbindung wollen oder sich schlicht nur "als Fremde" gegenüberreten.¹

- Kraft der besonders engen Sonderverbindung muß (mindestens) eines der beteiligten Rechtssubjekte berechtigt sein, von dem anderen eine Leistung zu fordern.²

Dem Berechtigten muß gegenüber dem Verpflichteten ein (subjektives) Recht auf die Leistung zustehen.³ Objektive Rechte bzw. allgemeine Rechtspflichten scheiden aus (z.B. im Zivilrecht die Gebote aus unerlaubter Handlung, im öffentlichen Recht die Polizeipflichtigkeit⁴). Schuldverhältnisse haben also im Gegensatz zum objektiven Recht relativen Charakter, d.h. sie verpflichten und berechtigen nur die beteiligten Personen.⁵ Die Art der Leistung (die subjektive Berechtigung) ist dabei nicht auf positives Tun beschränkt, sondern sie kann auch - wie § 241 S. 2 BGB zeigt, in einem Dulden oder Unterlassen beste-

¹ Wolff-Bachof, VR I, § 44 I, S. 388; Bender, S. 72, 73, Rdn. 185; vgl. Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 28 ff.

² Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 241, Anm. 2; Staudinger-Weber, Einl. zu § 241, Anm. C6; Erman-Sirp, Einl. zu § 241, Rdn. 2; Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 12.

³ Blume, S. 146; vgl. auch Henke, DÖV 80, 621 ff.

⁴ Zur Abgrenzung zwischen obj. und subj. Recht vgl. Henke, DÖV 80, 621 (622); im übrigen vgl. Wolff-Bachof, VR I, § 44 I, S. 388; Bender, S. 72/73, Rdn. 185; vgl. auch Soergel-Schmidt, Vorb. § 241, Rdn. 4.

⁵ Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 241, Anm. 1b; Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 14 ff; Soergel-Schmidt, Vorb. § 241, Rdn. 4.

hen.¹

In Anlehnung hieran läßt sich das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis zusammenfassend folgendermaßen definieren:

"Das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis ist eine besonders enge Sonderverbindung von (mindestens) zwei beliebigen Rechtssubjekten (Zivilpersonen und/oder Trägern der öffentlichen Gewalt).² Gegenstand der Sonderverbindung ist ein subjektives öffentlich-rechtliches Rechte-Pflichtenverhältnis. Rechte und Pflichten können einseitiger und zweiseitiger Natur sein, wobei die Leistungspflicht der einen Seite stets dem Forderungsrecht der anderen Seite entspricht."^{3,4}

¹ Erman-Sirp, § 241, Rdn. 4; Soergel-Schmidt, § 241, Rdn. 7; Kramer, in Münchener Kommentar, § 241, Rdn. 6.

² Dies sei deshalb herausgestellt, weil das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis (unbewußt) häufig nur als anspruchsbegründende Norm für Zivilpersonen gesehen wird. Aber, wie Henke in DÖV 80, 621 (623) nachgewiesen hat, kann auch der Staat Inhaber subjektiver Rechte sein. Zivilpersonen können also auch "Schuldner" eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses sein, vgl. hierzu Simons, S. 60, 52; Bender, S. 72, Rdn. 182, 192; ferner Tiemann für den Benutzer von öffentlichen Einrichtungen, VerwArch 66, 381 (395, 396); wohl auch Ossenbühl, S. 218; ähnlich Eckert, DVBl 62, 11 ff, der jedoch einseitige Pflichten von Zivilpersonen nicht erwähnt. Zur Gläubigereigenschaft der öffentlichen Hand bei zwei beteiligten Subjekten der öffentlichen Verwaltung vgl. u.a. OLG Karlsruhe (U.v. 10.4.74, Az.: 12 U 111/73) in NJW 74, 1826. Zur Frage inwieweit Zivilpersonen Auftraggeber eines öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnisses sein können, vgl. Klein, DVBl 68, 134.

³ Im Ergebnis übereinstimmend: Papier, S. 160; Bender, S. 74/75, Rdn. 188-191; Ossenbühl, S. 227/228; Erichsen-Martens, S. 128-130; wohl auch Tiemann, VerwArch 66, 388.

⁴ Insgesamt lassen sich sechs verschiedene Fallgestaltungen des öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses unterscheiden, vgl. dazu die Zusammenfassung bei Simons, S. 60.

b. Eingrenzungskriterien

Wie bereits angedeutet, stellt sich jetzt die weitere Frage, ob die soeben aufgestellte Definition nicht einiger Korrekturen bedarf, um etwaigen Besonderheiten des öffentlichen Rechts zu genügen. Wir wollen deshalb die verschiedenen Postulate anderer Meinungen näher untersuchen.

aa. Während die kasuistische Rechtsprechung des Reichsgerichts¹ mit ihrer Beschränkung auf wenige Fallgestaltungen als zu eng und geradezu willkürlich abzulehnen ist², hat der Bundesgerichtshof erstmals den Versuch unternommen, allgemein gültige Kriterien für das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis aufzustellen.² Der BGH macht in doppelter Hinsicht eine Einschränkung. Einerseits will er die "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisse" auf die Fälle beschränken, in denen das "staatliche Handeln Ausfluß seiner fürsorgenerischen Tätigkeit"³ in bezug auf den Einzelnen ist, wobei es sich hierbei nicht nur um eine Nebenpflicht, sondern um eine Hauptpflicht handeln muß. Andererseits wird gefordert, es müsse ein Bedürfnis für eine angemessene Verteilung der Verantwortlichkeit vorliegen.⁴

(1) Gerade das letztere Postulat ist nicht nachvollziehbar. Es erweist sich bei näherem Hinsehen als Leerformel, mit der unter rechtspolitischen Aspekten offensichtlich einer überdehnten Staatshaftung entgegen gewirkt werden soll.⁵ Eine dogmatische Begründung fehlt, der BGH gerät vielmehr in die Gefahr, in eine mehr oder weniger willkürliche Kasuistik zu verfallen.⁶

¹ Z.B. RG (U.v. 6.5.20, Az.: VI 455/19) in RGZ 99, 96 (97 ff), vgl. ferner Seite 26.

² Papier, S. 46 ff; BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (218/219).

³ BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (218).

⁴ BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (218); BGH (U.v. 20.6.74, Az.: III ZR 97/72) in NJW 74, 1816 m.w.N.

⁵ So auch Ossenbühl, S. 227; Janson, DÖV 79, 696 (697).

⁶ Ossenbühl, S. 227.

(2) Auch die erste Eingrenzung erscheint nicht sachgerecht. Inhalt des zivilrechtlichen Schuldverhältnisses können beliebige Rechte und Pflichten sein.

Wenn man- wie der BGH¹ - den zivilrechtlichen Ausgangspunkt als richtig anerkennt, so bedarf es zumindest einer plausiblen Begründung, nicht aber versteckter rechtspolitischer Gründe, wenn der zivilrechtliche Grundgedanke im öffentlichen Recht eine Verengung erfahren soll.² Die bestehende Sonderverbindung bildet die besondere Interessenlage, aus der heraus sich im Zivilrecht wie im öffentlichen Recht die Annahme eines Schuldverhältnisses rechtfertigt. Motive und Beweggründe der Sonderverbindung sind gleichgültig.³

Es ist im übrigen sachwidrig, das öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis auf die Fälle zu begrenzen, die Ausfluß einer besonderen fürsorgerischen Tätigkeit des Staates in bezug auf den einzelnen Bürger sind.

Der BGH ist in diesem Zusammenhang offensichtlich der falschen Vorstellung verhaftet, daß nur der Bürger Gläubiger eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses sein kann.⁴ Wie oben bereits feststellt, kann aber auch der Staat Gläubiger eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses sein.⁵ Bei einem Schuldverhältnis zwischen zwei Hoheitsträ-

¹ BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54), in BGHZ 21, 214 (218).

² Papier, S. 53; Ossenbühl, S. 228; Bender, S. 75, Rdn. 189; vgl. ferner Janson, DÖV 79, 696 (697), der zu Recht darauf hinweist, der BGH habe den Begriff der "Fürsorgepflicht" in unzulässiger Weise aus dem Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter entnommen.

³ Ossenbühl, S. 228.

⁴ Zu dem Fehler, daß bei öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen zumeist nur nach der Rechtsstellung des Bürgers gefragt wird, vgl. auch Henke, DÖV 80, 621 (623).

⁵ Siehe oben S. 34, Fn 2; vgl. Simons, S. 60, 62; Bender, S. 72, Rdn. 182, 192; Tiemann, VerwArch 66, 381 (395, 396); vgl. im übrigen Henke, DÖV 80, 621 (623), der nachgewiesen hat, daß auch der Staat Inhaber von (subjektiven) Rechten gegenüber dem Bürger sein kann.

gern¹ wäre es verfehlt, als zusätzliche Voraussetzung eine gesteigerte "Fürsorgepflicht" zu fordern; gleiches muß auch für etwaige Verpflichtungen von Zivilpersonen gegenüber dem Staat gelten.² Gründe, die zu einer Differenzierung Anlaß geben könnten, falls (nur) der Staat dem Bürger gegenüber verpflichtet ist, sind nicht ersichtlich.²

Erst recht unhaltbar sind die Thesen des BGH, wenn schließlich nur solche Rechtspflichten zum Tragen kommen sollen, die Hauptpflichten des Fürsorgeverhältnisses sein sollen. Dies ist schon deswegen widersprüchlich, weil es in vielen vom BGH entschiedenen Fällen nicht um Hauptpflichten, sondern nur um Nebenpflichten ging.³ Die Beschränkung von "Schuldverhältnissen" auf bloße Hauptpflichten ist dem Schuldverhältnis wesensfremd. Eine solche Beschränkung verstieße gegen die Errungenschaften der Lehren von der "positiven Forderungsverletzung" und der "culpa in contrahendo", die sich gerade wegen der Verletzung von Nebenpflichten entwickeln konnten.⁴

bb. Wie verhält es sich mit der u.a. von Wolff aufgestellten Forderung, ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis setze voraus, daß der Schuldner eine vermögenswerte Leistung zu erbringen habe?

¹ Vgl. hierzu den Fall des OLG Karlsruhe (U.v. 10.4.74, Az.: 12 U 111/73), in NJW 74, 1826.

² Simons, S. 52, 60; Bender, S. 72, Rdn. 182; ferner Fnte 1.

³ Vgl. dazu die Nachweise bei Papier, S. 53, Fnte 188; vgl. ferner beispielhaft BGH (U.v. 4.10.72, Az.: VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300, wo es zu einer Eigentumsbeschädigung infolge der Lieferung mangelhaften Wassers gekommen war. Vgl. ferner OLG Karlsruhe (U.v. 10.4.74, Az.: 12U 111/73), in NJW 74, 1824 (1825), wonach die StS einer Universität gegenüber der Universität verpflichtet ist, überlassene Räume pfleglich zu behandeln.

⁴ Vgl. hierzu sehr ausführlich Blume, S. 135-145 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

Hiergegen spricht zunächst, daß ein zwingender Grund für die Beschränkung nicht ersichtlich ist. Die Begründung von Hans J. Wolff¹, auf diese Weise ließen sich leichter allgemeine Grundsätze entwickeln, spricht für sich. Sie ist weder nachvollziehbar, noch ist sie ein Argument dafür, die zivilrechtlichen Grundsätze im öffentlichen Recht einer Änderung zu unterwerfen. Auch im Zivilrecht müssen die Pflichten eines Schuldverhältnisses nicht unbedingt aus vermögenswerten Leistungen bestehen.²

Im übrigen fragt es sich, ob mit der "Vermögenswertigkeit" der Leistung überhaupt ein brauchbares Abgrenzungskriterium gefunden wird. Wer wie Simons von "vermögenswerten Leistungen" spricht, weil es sonst am "rechtlichen Charakter" der Leistung fehle³, läßt den zivilrechtlichen Vermögensbegriff anklingen, wonach Vermögen jede in Geld bewertbare Leistung ist.⁴ Da aber fast alle Leistungen, auch solche rein ideeller Art, einen Geld- oder Vermögenswert besitzen, wird auch dieses Kriterium zur Leerformel ohne brauchbaren Abgrenzungswert.⁵

cc. Da es im öffentlichen Recht unter Umständen anders als im Zivilrecht - nicht nur Gleichordnungsverhältnisse, sondern auch Über- und Unterordnungsverhältnisse gibt, mögen hieraus für die Definition des "verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses" Konsequenzen abzuleiten sein. Diese Frage ist nicht ganz einfach zu beantworten.

¹ Wolff-Bachof, VR I, § 44 I, S. 338; ihm folgend Simons, S. 56, 59; Janson, DÖV 79, 696 (697).

² Papier, S. 59/60; Palandt-Heinrichs, Einl. v. § 241, Anm. 1; ferner RG (U.v. 18.11.15, Az.: IV 178/15) in RGZ 87, 293; RG (U.v. 1.6.21, Az.: V 82/21) in RGZ 102, 217, 222; ferner Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 40.

³ Simons, S. 59, Fnte 166.

⁴ Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249; Anm. 2b m.w.N. Hiernach können schon bloße Annehmlichkeiten Vermögenswert besitzen.

⁵ Ebenfalls ablehnend: Blume, S. 148; Eckert, DVBl 62, 11 (12); Tiemann, VerwArch 66, 381 (388), dort Fnte 34; Bender, S. 74/75, Rdn. 188; Papier, S. 59/60; Zuleeg, DÖV 70, 627 ff (630); in-
zidenter auch Ossenbühl, S. 227, 228.

Offensichtlich will zum Beispiel Simon¹ aus diesen Gründen "die einseitig durch verwaltungsrechtlichen Rechtssatz begründeten Leistungspflichten von Zivilpersonen gegenüber den Trägern der öffentlichen Gewalt" aus dem Bereich der öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisse ausklammern.

Noch enger formuliert Janson², daß eine "wechselseitige Übereinkunft" bestehen müsse. Solche und ähnliche Bestrebungen laufen auf eine Begrenzung der "öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisse" auf den Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung hinaus³, denn offensichtlich soll ein "verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis" immer dann ausgeschlossen sein, wenn der Staat oder ein sonstiger Träger öffentlicher Gewalt dem einzelnen hoheitlich gegenübertritt oder wenn ein Rechtsverhältnis mit rein obrigkeitlichem Charakter vorliegt.^{4,5}

Man kann nur vermuten, daß diesen Auffassungen die Vorstellung zugrundeliegt, das Privatrecht kenne nur Gleichordnungsverhältnisse, jedoch keine Unterordnungsverhältnisse. Denn nur wenn man unterstellt, daß schuldrechtliche Beziehungen des Privatrechts nicht einseitig, sondern nur durch Übereinkunft entstehen können⁶, ist es folgerichtig, bei der Über-

¹ Simons, S. 59.

² Janson, DÖV 79, 696 (697).

³ Papier, S. 62 ff.

⁴ Janson, DÖV 79, 696 (697).

⁵ Papier, S. 62 ff.

⁶ So vor allem Blume, S. 134, aber auch S. 135, wo er in seiner Definition des "verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses" zum Ausdruck bringt, daß es sich um eine "privatrechtsähnliche", "vertragsähnliche" Bindung handeln müsse; vgl. ferner Eckert, DVBl 62, 11; Janson, DÖV 79, 696 (697), der ausdrücklich "nur wechselseitige Übereinkünfte" gelten lassen will; hinsichtlich weiterer Stimmen in der Literatur vgl. die Hinweise bei Papier, S. 62, Fnte 242 m.w.N.

tragung des Zivilrechts auf das öffentliche Recht, das verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis auf koordinationsrechtliche Fälle zu beschränken.

(1) Dieser Gedankengang ist schon vom Ansatz her aus zwei Gründen untreffend:

Auch das Privatrecht kennt Schuldverhältnisse, die nicht koordinationsrechtlicher Natur, sondern subordinationsrechtlicher Natur sind¹, wie zum Beispiel das Eltern-Kind-Verhältnis und das Vormundschaftsverhältnis zeigt; hier bestehen schuldrechtliche Beziehungen, die einem Über- und Unterordnungsverhältnis entsprechen.²

Die vor allem bei Janson³ besonders stark zum Ausdruck kommende Auffassung, es müsse sich bei einem "Schuldverhältnis" um eine wechselseitige Überkunft handeln, rückt das Schuldverhältnis zusehens in die Nähe des "öffentlich-rechtlichen Vertrags". Könnte das "Schuldverhältnis" nur "zweiseitig" (durch Übereinkunft) begründet werden, so wären die Begriffe "Vertrag" und "Schuldverhältnis" deckungsgleich.

Damit würde aber verkannt, daß der Vertrag lediglich eine Untergruppe der Schuldverhältnisse ist, denn nicht jedes Schuldverhältnis ist zugleich ein Vertrag.^{4,5} Die Schuldverhältnisse unterscheiden sich im öffentlichen Recht wie im Zivilrecht durch ihre Entstehung. Zu den Entstehungsgründen zählen:

¹ Papier, S. 62.

² Ähnliche Strukturen finden sich z.B. im Arbeitsrecht (Direktionsgewalt), die aber freilich zunächst eine Übereinkunft voraussetzen, vgl. Söllner, in Münchener Kommentar, § 315, Rdn. 35.

³ Janson, DÖV 79, 696 (697).

⁴ Selkens-Bonk-Leonhardt, § 54, Rdn. 19; Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 49, 50.

⁵ Auch das öffentliche Recht unterscheidet deutlich zwischen "Schuldverhältnissen" und "öffentlich-rechtlichen Verträgen". Vgl. z.B. §§ 54 ff VwVfG, die freilich nur Fälle des öffentlich-rechtlichen Vertrages behandeln.

- das zweiseitige Rechtsgeschäft (der Vertrag)¹
- das einseitige Rechtsgeschäft (im Zivilrecht:
z.B. die Auslobung; im öffentlichen Recht: der
Verwaltungsakt)²
- Rechts- oder Tathandlungen³
- das Gesetz⁴

Eine Beschränkung der öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisse auf "zweiseitige" Sonderverbindungen widerspräche auch den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen; denn Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts werden im Gegensatz zum Zivilrecht, wo der Vertrag vorherrschend ist, regelmäßig erst durch einseitige Regelungen des Hoheitsträgers geschaffen. Interessant ist vor allem, daß das erste allgemein anerkannte "öffentlich-rechtliche Schuldverhältnis", die öffentlich-rechtliche Verwahrung⁵, stets einseitig, hoheitlich begründet wird.⁶ Die Vertreter der Gegenmeinung übersehen in diesem Zusammenhang, daß die öffentlich-rechtliche Verwahrung einen Verwaltungsakt voraussetzt (z.B. polizeiliche Sicherstellung bzw. Beschlagnahmung)⁷. Die öffentlich-

¹ Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305, Anm. 4; für das öffentliche Recht vgl. Bender, Rdn. 195; Wolff-Bachof, VR I, § 44 I b, S. 340.

² Für das Zivilrecht: Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 49; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305, Anm. 2, 3; für das öffentliche Recht: BSG (U.v. 25.8.76, Az.: 9 RvI 4/75) NJW 77, 77; BGH (U.v. 13.10.77, Az.: III ZR 122/75) in MDR 78, 298 (299); Wolff-Bachof, VR I, § 44 I b, S. 339; Bender, Rdn. 194; Menger-Erichsen, VerwArch 57, 64 (75).

³ Für das Zivilrecht: Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 51; Palandt-Heinrichs, Einf. v. § 305, Anm. 2, 5, 6; für das öffentliche Recht: Bender, Rdn. 196; Wolff-Bachof, VR I, § 44 I b, S. 340.

⁴ Bender, Rdn. 196; Kramer, in Münchener Kommentar, Einl. zu § 241, Rdn. 52; Erichsen-Martens, S. 122; OVG Hamburg (U.v. 18.1.77, Az.: Bf III 4/76) in NJW 77, 1251.

⁵ Vgl. RG (U.v. 6.5.20, Az.: VI 455/19) in RGZ 99, 96 (97 ff).

⁶ RG (U.v. 6.5.20, Az.: VI 455/19) in RGZ 99, 96 (97 ff) und U.v. 15.1.27, Az.: I 171/26) in RGZ 115, 419 (421); BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (215); BGH (U.v. 13.10.77, Az.: III ZR 122/75) in MDR 78, 298 (299).

⁷ Bender, S. 76/77, Rdn. 194 m.w.N.; Menger-Erichsen, VerwArch 57, 64 (75).

rechtliche Verwahrung ist also im Gegensatz zum Privatrecht kein Vertrag, so daß ein auf Zustandekommen des Verwahrungsverhältnisses gerichteter Wille des Privaten im öffentlichen Recht nicht erforderlich ist.

Die anerkannten Beispiele der verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisse, die mittels Verwaltungsakt begründet werden, lassen sich beliebig fortsetzen. Es sei an dieser Stelle lediglich auf das Versorgungsrechtsverhältnis des Sozialrechts¹ oder aber auf die öffentlich-rechtlich geregelten Anstaltsbenutzungsverhältnisse² verwiesen. Die öffentlich-rechtliche Verwahrung und die Anstaltsbenutzungsverhältnisse sind übrigens die Hauptanwendungsfälle der Rechtsprechung³, die - so widersprüchlich es sein mag - auch von den Vertretern der Gegenmeinung als öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse anerkannt werden.⁴

(2) Damit wäre nur noch zu erörtern, ob das Schuldverhältnis im öffentlichen Recht nicht deshalb eine Einschränkung erfährt, weil der Hoheitsträger durch Verwaltungsakt einseitig regelnd gegenüber dem Bürger tätig werden kann, also u.U. von sich aus Rechtsbeziehungen zum Bürger ohne dessen Willen aufnehmen kann.

¹ BSG (U.v. 25.8.76, Az.: 9 RvI 4/75) in NJW 77, 77.

² Bender, S. 77, Rdn. 194; Ossenbühl, S. 222/223; Schneider, NJW 62, 705 (707); Papier, S. 66; BGH (U.v. 13.10.77, Az.: III ZR 122/75) in MDR 78, 298 (299).

³ Vgl. im einzelnen die Nachweise bei Ossenbühl, S. 219 f und 222 f.

⁴ So Simons z.B., S. 167 f; auffällig ist die Widersprüchlichkeit besonders bei Blume, S. 134; so wird gefordert, daß rein "obrigkeitliche" Verhältnisse auszuklammern seien, auf der nächsten Seite (135) wird ausgeführt, daß schuldrechtsähnliche Sonderverbindungen aber dann vorlägen, wenn das Rechtsverhältnis auch privatrechtlich ausgestaltet werden könne oder Parallelen zur privatrechtlichen Vertragslage bestünden...; Blume führt auf diese Weise aber auch subordinationsrechtliche Entstehungsgründe in das Schuldverhältnis ein.

Eine derartige rechtsbegründende Gestaltungsfreiheit kennt das Privatrecht nicht, niemand kann einseitig ein Schuldverhältnis begründen und einem anderen hierdurch Pflichten auferlegen.¹

Die Frage ist nur, ob uns diese Erkenntnis dazu zwingt, das Schuldverhältnis des öffentlichen Rechts auf die sogenannten koordinationsrechtlichen Fälle zu beschränken.

Papier hat eingehend nachgewiesen, daß die Fähigkeit einer Partei zur einseitig verbindlichen Regelung eines Lebenssachverhalts nicht entscheidend dafür ist, ob ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis vorliegt oder nicht.² Die Annahme von Subjektionsverhältnissen im öffentlichen Recht bedeutet lediglich, daß der Staat die Möglichkeit hat, regelnd³ einzugreifen.⁴ Koordination und Subjektion unterscheiden sich also nur insofern, als dem Staat zwei verschiedene Handlungsformen zur Verfügung stehen, die austauschbar sind.⁵ Die Fähigkeit, den Sachverhalt einseitig gestalten zu können, darf aber nicht dazu führen, daß der Hoheitsträger mit der Wahl der Mittel auch die Rechtsfolgen beeinflussen kann. Wollte man die Schuldverhältnisse auf koordinationsrechtliche Fälle beschränken, so könnte der Staat im Wege der einseitigen Regelung stets versuchen, einer Haftung aus dem Wege zu gehen, der er in den koordinationsrechtlichen Fällen ausgesetzt wäre.⁶

¹ Bei den einseitigen Rechtsgeschäften des Zivilrechts vermag sich der Handelnde immer nur selbst Pflicht^{an} aufzuerlegen (z.B. bei der Auslobung, §§ 657 ff BGB).

² Papier, S. 65; Henke, DÖV 80, 621 (628).

³ Hier: i.S.d. VA-Definition.

⁴ Henke, DÖV 80, 621 (628).

⁵ Papier, S. 65; sehr ausführlich hierzu Henke, DÖV 80, 621 (628).

⁶ Eine Haftung käme dann nur noch über Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB in Betracht.

Abschließend kann festgehalten werden, daß kein Grund dafür besteht, das "verwaltungsrechtliche Schuldverhältnis" auf koordinationsrechtliche Fälle zu beschränken. Eine solche Beschränkung findet weder im Privatrecht eine entsprechende Parallele, noch rechtfertigt sie sich aus der potentiellen Möglichkeit des Trägers der öffentlichen Gewalt regelnd gegenüber dem Einzelnen tätig zu werden. Eine Ausklammerung "einseitig begründeter Leistungspflichten" bzw. von "Verhältnissen mit obrigkeitlichem Charakter" ist abzulehnen, sie würde im Ergebnis dazu führen, die Hauptanwendungsfälle der Rechtsprechung zu negieren.

Ergebnis: Die besondere Struktur des öffentlichen Rechts verlangt gegenüber der oben aufgestellten Definition¹ keine Änderungen.²

II. HAFTUNGSRECHTLICHE KONSEQUENZEN DES "ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN SCHULDVERHÄLTNISSES"

Die Rezeption des "Schuldverhältnisses" in das öffentliche Recht wirft die weitere Frage auf, welche der zahlreichen, schuldrechtlichen Rechtsgrundsätze und Rechtsvorschriften des Zivilrechts auch im öffentlichen Recht anwendbar sind.³

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, eine umfassende Darstellung aller Übertragbaren Rechtsnormen

¹ Vgl. dazu oben S. 34.

² Im Ergebnis ebenso: Erichsen-Martens, S. 121/122/123; Papier, S. 62 ff; Bender, S. 74, Rdn. 188, S. 76, Rdn. 192 ff; Ossenbühl, S. 227/228; Tiemann, VerwArch 66, 381 (388). Vgl. ferner die im einzelnen näher zit. Rspr., die eine solche Unterscheidung nicht kennt.

³ Dabei sei auch hier die methodische Frage außer Acht gelassen, nämlich ob die einzelnen Vorschriften des BGB im Wege der Analogie oder als Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze zu übernehmen sind; vgl. Ossenbühl, S. 228; ferner Eckert, DVBl 62, 11 (14).

und Rechtsinstitute zu liefern.¹ Sofern eine Organwalterhaftung aus einem "verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis" in Betracht kommt, kann es sich nur um die Verletzung von Sorgfalts- und Treuepflichten handeln, also um den typischen Fall der zivilrechtlichen "positiven Forderungsverletzung". Die Maximen der positiven Forderungsverletzung (pFV) gelten auch im öffentlichen Recht, weil der Grundsatz von Treu und Glauben, der eine der dogmatischen Grundlagen für die Lehre von der positiven Forderungsverletzung ist, auch das öffentliche Recht beherrscht.² Jede aus einem Schuldverhältnis abzuleitende Rechtspflicht schließt also gleichermaßen im öffentlichen Recht wie im Privatrecht das Gebot einer sorgsamten Erfüllung und der Vermeidung schädigender Handlungen gegenüber dem Berechtigten ein.³ Es wurde bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen, daß nicht nur eine Verpflichtung besteht, Hauptpflichten sorgsam zu erfüllen, sondern auch etwaige Nebenpflichten.⁴

Auch die besondere Struktur des öffentlichen Rechts steht einer Anwendung der pFV auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse nicht im Wege. Die öffentliche Hand wird bei Erfüllung ihrer Aufgaben nicht beeinträchtigt.⁵ Die Verschlechterung der Position der öffentlichen Hand durch eine neue Haftungsnorm berührt allenfalls das fiskalische Interesse des Staates, rechtfertigt es aber nicht, das Rechtsinstitut der pFV aus Gründen des öffentlichen Wohls auszuschließen.⁵

¹ Soweit im Einzelfall erforderlich, soll aber noch auf verschiedene Vorschriften eingegangen werden.

² Statt aller vgl. Palandt-Heinrichs, § 242, Anm. 3b, mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

³ RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) in RGZ 165, 323 (334); BVerwG (U.v. 20.3.63, Az.: VI C 169.60) in DVBl 63, 677 (678); Papier, in Münchener Kommentar, § 839, Rdn. 43 ff.

⁴ Siehe dazu oben S. 37.

⁵ Blume, S. 156/157.

Schließlich darf nicht verkannt werden, daß auch der Staat u.U. als Gläubiger in Betracht kommt, und somit auch Vorteile aus dem Rechtsinstitut der pFV ziehen kann.¹

Ergebnis: Die pFV wird auch im öffentlichen Recht als Haftungsgrundlage anerkannt.²

§ 7 Qualifizierung der Rechtsbeziehung zwischen der Körperschaft und Organwalter

In § 7 bleibt die Frage zu beantworten, ob und wo im Bereich der Organverwaltung ein verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis besteht, das Gegenstand einer positiven Forderungsverletzung sein könnte. Zu diesem Zwecke müssen die organschaftlichen Beziehungen genau differenziert und untersucht werden.

I. DER BETROFFENE PERSONENKREIS: DIE ORGANWALTER

Im Bereich der Organverwaltung müssen zwei Begriffs-paare gegeneinander abgegrenzt werden: Organ/Organwalter und Amt/Amtswalter.

1. Das Organ

Juristische Personen sind abstrakte Gebilde, quasi personifizierte Organisationen, die darauf angewiesen sind, sich der Menschen zu bedienen. Um mit Leben erfüllt zu werden, müssen sie durch den Menschen handeln.³ Fälschlicherweise werden diese Menschen oft

¹ Vgl. dazu oben S. 34, Fußnote 2.

² Es seien beispielhaft genannt: BGH (U.v. 4.10.72, Az.: VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300; BGH (U.v. 20.6.74, Az.: III ZR 97/72) in NJW 74, 1816; BGH (U.v. 9.7.50, Az.: III ZR 320/54) in BGHZ 21, 214 (218/219); Ossenbühl, S. 230; Eckert, DVBl 62, 11 (15); Bender, S. 80, Rdn. 202; Papier, S. 62 ff, S. 160/161; Blume, S. 145.

³ Dreier, Sp. 1700.

als Organ bezeichnet.¹ Es würde im Rahmen der vorliegenden Arbeit zu weit führen, den Organbegriff näher zu untersuchen. Aus Gründen der Rechtsklarheit soll von der weithin anerkannten², scharfen Begriffssystematik des Hans-J. Wolff³ ausgegangen werden, wonach Organ "ein durch organisatorische Rechtssätze gebildetes, institutionelles Subjekt von Zuständigkeiten zur transitorischen Wahrnehmung der Eigenzuständigkeiten einer rechtsfähigen oder nichtrechtsfähigen Körperschaft, Anstalt oder Stiftung" ist.³ Kürzer ausgedrückt ließe sich sagen, das Organ ist ein durch die juristische Person begründeter Zuständigkeitskomplex⁴, ein "Werkzeug", dessen sich die juristische Person bedient, um handeln zu können.

2. Der Organwalter

Von den Organen als institutionellen Zuständigkeitssubjekten sind die Personen zu unterscheiden⁵, die die in den Organen zusammengefaßten Zuständigkeiten wahrnehmen.⁶

Bei den Einzelorganen, sog. monistische Organe⁷, werden die Zuständigkeiten von einem Organwalter allein wahrgenommen, sein Wille ist der Organwille.⁸ Bei

¹ Dreier, Sp. 1700; vgl. im übrigen zu den verschiedenen Definitionen Bleutge, S. 38 und Wolff, S. 224 ff, S. 247.

² So z.B. Pollmann, S. 64 ff; Dreier, Sp. 1700; Bleutge, S. 39; Hoppe, Organstr., S. 168 f (170); Ossenbühl, S. 481; kritisch aber Böckenförde, Festschrift für Wolff, S. 275 ff, der einwendet, Wolff vernachlässige den politisch-soziologischen Aspekt der Problematik.

³ Wolff-Bachof, VR II, § 74I, S. 45.

⁴ Wolff, S. 236.

⁵ Wolff, S. 228.

⁶ Wolff, S. 228; ders. VR II, § 74I; Hoppe, Organstr., S. 169; Dreier, Sp. 1700/1701; Bleutge, S. 89.

⁷ Wolff-Bachof, VR II, § 75IIa, S. 71.

⁸ Wolff-Bachof, VR II, § 75IIa, S. 71; Dreier, Sp. 1702.

den im körperschaftlichen Bereich vorherrschenden Kollegialorganen werden die Zuständigkeiten von mehreren gleichberechtigten Organwaltern gemeinschaftlich ausgeübt.¹ "Menschen, welche die im Organ zugewiesenen Kompetenzen rechtens unter dem Namen des Organs wahrnehmen, sind die Organwalter. Ihr Verhalten ist es, das dem Zuständigkeitssubjekt 'Organ' rechtstechnisch zugerechnet wird und dieses sowie die Organisation, der es angehört, willens- und handlungsfähig macht"².

3. Amt - Amtswalter

Die im Bereich der Selbstverwaltungskörperschaften vorherrschenden Kollegialorgane zerfallen in "Organ-
teile"³ (die einzelnen Mitglieder) und deren Zusammenfassungen (Fraktionen).⁴ Die einzelnen Organteile werden auch als "Ämter" bezeichnet.

"Das Amt ist ein auf e i n e n Menschen bezogener, institutionalisierter Inbegriff von Wahrnehmungszuständigkeiten."⁵ Das Amt unterscheidet sich vom Organ durch seine Uneigenständigkeit.⁶ Das Verhalten des Amtswalters, d.h. der Person, die ein Amt ausübt, kann der juristischen Person im Gegensatz zum Organverhalten deshalb nur mittelbar zugerechnet werden.⁷

¹ Wolff-Bachof, VR II, § 75IIIa, S. 73.

² Wolff-Bachof, VR II, § 74IVb, S. 58; vgl. ferner Wolff-Bachof, § 74If 10, S. 52.

³ Wolff-Bachof, VR II, § 74I f, S. 52.

⁴ Wolff-Bachof, VR II, § 74I f, S. 52

⁵ Wolff-Bachof, VR II, § 73Ic, S. 29.

⁶ Wolff-Bachof, VR II, § 73Ic, S. 29; Hoppe, Organstr., S. 170, Fnte 24.

⁷ Wolff-Bachof, VR II, § 74If, S. 50 ff; Dreier, Sp. 1701/1702; Wolff-Bachof, VR II, § 73Ic, S. 29.

Die Begriffe überlappen sich im hier untersuchten Bereich. Bei den Einzelorganen sind Organ und Amt identisch, da alle Zuständigkeiten nur von einer Person wahrgenommen werden.¹ Bei den Kollegialorganen sind die Organteile, die Ämter, häufig (z.B. durch die Geschäftsordnung) mit einzelnen, enumerierten Wahrnehmungszuständigkeiten ausgerüstet, die sie auch im Verhältnis zu dem Organ besitzen, dessen Teile sie sind.²

II. DIE (RECHTS-)BEZIEHUNGEN IM BEREICH DER ORGANWALTUNG

Betrachtet man die Organverwaltung näher, so lassen sich drei verschiedene Beziehungsfelder zwischen der natürlichen Person als Organwalter und ^{der} juristischen Person unterscheiden.^{3,4}

1. Anstellungsverhältnis⁵

Der Organwalter ist in doppelter Hinsicht Rechts- und Pflichtsubjekt, und zwar in seiner Eigenschaft als Organwalter und als Privatperson. Die Organverwaltung ist also eine besonders geartete Rechtsstellung der Privatperson.⁶

¹ Dreier, Sp. 1702.

² Vgl. z.B. Art. 93I Zi 1 GG, § 63 BVerfGG, sowie die weiteren Beispiele bei Wolff-Bachof, VR II, § 74If, S. 52; ferner zur Frage, ob es denkbar ist, daß auch Organteile Organcharakter haben können, Wolff-Bachof, VR II, § 74If, S. 52; Bethge, Die Verwaltung, 1975, S. 459 (472, 473).

³ Vgl. hierzu Hoppe, Organstr., S. 171 ff, 172 ff, 173 ff.

⁴ Die Rechtsbeziehungen des Organwalters zu außenstehenden Dritten soll an dieser Stelle nicht untersucht werden, da diese der juristischen Person nur im Umweg über ein Gesamtschuldverhältnis einen Haftungsanspruch vermitteln könnte, vgl. dazu § 426I BGB sowie die weiteren Ausführungen unter § 12, S. 176 ff.

⁵ Wolff, S. 231, verwendet erstmals diesen Begriff.

⁶ Wolff, S. 230.

In diese Rechtsstellung rückt der Organwalter aber nicht automatisch ein. Häufig besteht zunächst nur eine allgemeine Beziehung des Organwalters zur juristischen Person, "die mit der Stellung als Organwalter nicht zusammenfällt, ihr vielmehr regelmäßig vorausgeht".¹ Es handelt sich dabei um ein sog. "Dienst-" oder "Anstellungsverhältnis". Dieses "unterliegende Rechtsverhältnis", wie es Wolff an anderer Stelle bezeichnet², darf mit der Organverwaltung ebenso wenig verwechselt werden, wie das Grundverhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem mit der Vollmacht verwechselt werden darf.³ Das "Anstellungsverhältnis" oder nach der Terminologie von Rupp⁴ und Hoppe⁵ auch "Bedienstetenverhältnis" genannt, kann verschiedener Rechtsnatur sein (z.B. Auftrag, Dienstvertrag, Beamtenverhältnis).⁶

Das Anstellungsverhältnis umreißt also nur die Pflichten des Organwalters als "Dienstverpflichteten, Beamten usw."⁷, ohne aber die Organstellung zu vermitteln.⁸

2. Das Organwalterverhältnis

Nach dem Vorhergesagten läßt sich freilich nicht ausschließen, daß das Anstellungsverhältnis zwar in

¹ Wolff, S. 231; ferner Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 27, Rdn. 10.

² Wolff, S. 231, 265.

³ Wolff, S. 232.

⁴ S. 75 ff.

⁵ Organstr., S. 171.

⁶ Wolff, S. 233; Wolff-Bachof, VR II, § 73IIIb, S. 35.

⁷ Wolff, S. 233.

⁸ Hoppe, Organstr., S. 171; Wolff, S. 233, S. 265: "Die Rechte und Pflichten auf die Organstellung folgen erst aus dem unterliegenden Rechtsverhältnis oder einer besonderen Norm. So hat z.B. der als "Direktor" einer Handelsgesellschaft angestellte nur dann ein Recht auf die Organstellung eines Vorstandsmitgliedes, wenn das in dem mit der Gesellschaft geschlossenen Dienst- oder sonstigen Vertrag vereinbart wurde. Vgl. im übrigen auch BVerwG (U.v. 9.12.74, Az.: II C 14.74), Das Recht im Amt, 1977, 74 ff.

Einzelfällen - z.B. bei Beamten - den Anspruch auf irgendein Amt zu begründen vermag¹, ein Anspruch auf ein bestimmtes Amt wird jedoch nicht gewährt.²

Hieraus folgt, daß das Anstellungsverhältnis einer Ergänzung bedarf, um dem Organwalter die Organwalterstellung zu vermitteln.³ Der Organwalter wird erst durch die "Bestellung" mit dem Amt verbunden.⁴ Der Bestellungsakt - z.B. eine Wahl, Berufung, Zuweisung oder ein Vertretungsauftrag -^{5,6} begründet eine weitere Beziehung des Organwalters zur juristischen Person: das Organwalterverhältnis.⁴ Das Organwalterverhältnis legitimiert den Organwalter, die dem Organ zugewiesenen Kompetenzen wahrzunehmen.⁵ Auf die Einzelheiten wird später noch zurückzukommen sein.⁷

3. Das "Organverhältnis"

Es bleibt noch ein dritter Bereich der Organverwaltung übrig, der hier schlagwortartig "Organverhältnis" genannt werden soll⁸, für den aber auch der Begriff "Organwalterverhältnis im weiteren Sinne" gebraucht werden könnte.

¹ Lepke, DVBl 66, 136 ff m.w.N.

² vgl. z.B. BVerwG (U.v.9.12.74, Az.: IIC 14.74), Das Recht im Amt, 1977,

³ Wolff, S. 233, 268 f; Wolff, VR II, § 73IIc, S. 37; Hoppe,^{74ff.} Organstr., S. 172.

⁴ vgl. z.B. Staudinger-Coing, § 27, Rdn. 1.

⁵ Wolff-Bachof, VR II, § 73IIa, S. 34/35;
vgl. Hoppe, Organstr., S. 172.

⁶ vgl. z.B. § 27 Abs. 1 BGB: "Die Bestellung des Vorstandes erfolgt durch Beschluß der Mitgliederversammlung". Zur rechtlichen Qualifikation des Bestellungsaktes, vgl. z.B. Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 27, Rdn. 1 ff; Reuter, in Münchener Kommentar, § 27, Rdn. 1 ff.

⁷ vgl. dazu unten S. 72 ff, S. 76 ff.

⁸ Soweit ersichtlich, existiert für dieses Phänomen ansonsten kein kurzer prägnanter Begriff.

Gemeint ist damit die Amtsstellung im funktionalen Sinne¹, d.h. die "Rechte und Pflichten" (Beziehungen) des Organs an (zu) den Kompetenzen.²

III. DAS "ORGANVERHÄLTNIS" ALS "ÖFFENTLICH-RECHTLICHES SCHULDVERHÄLTNIS"?

In § 6 wurde ausführlich erörtert, daß ein "öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis" als "besonders enge Sonderverbindung" ein relatives, d.h. nur zwischen den jeweiligen Parteien bestehendes Recht-Pflichtenverhältnis voraussetzt. Im Hinblick auf die drei oben skizzierten Beziehungsfelder lautet deshalb jeweils die Frage:

- Ist das Beziehungsfeld als besonders enge Sonderbeziehung zu qualifizieren?
- Stehen dem Organwalter aus dem jeweiligen Beziehungsfeld eigene subjektive Rechte und Pflichten zu?

Die 1. Frage beantwortet sich leicht. Der Organwalter steht - in welchem Beziehungsfeld auch immer - stets in einer besonderen, konkreten Beziehung zur juristischen Person. Er ist ihr Mittler, ihr Walter. In dieser Eigenschaft kann er ihr nicht "als Fremder" gegenüberreten. Bei keinem der drei Beziehungsfelder läßt sich deshalb eine besonders enge Sonderverbindung verleugnen. Fraglich ist nur, inwieweit die drei Beziehungsfelder auch verrechtlicht sind, also Gegenstand subjektiver Rechte und Pflichten sein können.

¹Wolff-Bachof, VR I, § 73IIa 1, S. 33.

²Hoppe, Organstr., S. 173.

1. Subjektive Rechte und Pflichten

Das Wesen eines Schuldverhältnisses liegt darin, daß es für die Beteiligten eigene (subjektive) Rechte und Pflichten begründet.

a. Historisch bedingt, maß man dem Recht lediglich eine Abwehrfunktion des Bürgers gegenüber dem Staate zu.¹ Bei der Entwicklung des Begriffs der subjektiv-öffentlichen Rechte wurde deshalb nur nach der Rechtsstellung des Bürgers gegenüber dem Staate gefragt. Im überkommenen Sinne versteht man das subjektiv-öffentliche Recht dahingehend, daß es den Bürger aus seiner Rolle als bloßes Objekt hoheitlichen Waltens befreit und ihn in die Lage versetzt, dem Hoheitsträger gegenüber ein Tun, Dulden oder Unterlassen verlangen zu können. So gesehen, läßt sich das subjektive Recht des Einzelnen seinem Inhalt nach als eine durch das objektive Recht zuerkannte Willensmacht oder Rechtsmacht umschreiben.² Dem Zwecke nach dient das subjektive Recht dem Interesse seines Trägers, wobei grundsätzlich nur eigene Interessen des Trägers der Rechtsmacht vermittels des subjektiven Rechts befriedigt werden sollen.³ Unter dieser Prämisse lassen sich die drei folgenden Voraussetzungen als Wesensmerkmale des subjektiven Rechts aufstellen:⁴

- Grundlage des subjektiven Rechts muß ein Rechtssatz oder aber ein "Rechtsgeschäft" sein⁵;

¹ Schapp, S. 156 ff unter Hinweis auf Otto Mayer; ferner Henke, DÖV 80, 621 (623).

² Hoppe, DVBl 70, 845 (846); Lüders, S. 87; Erichsen-Martens, S. 131; Wolff-Bachof, § 43 Ib, S. 323.

³ Hoppe, DVBl 70, 845 (846), vgl. insbesondere die Nachweise bei Fußnote 13/14; Wolff-Bachof, § 43 Ib, S. 322.

⁴ Hoppe, DVBl 1970, 845 (846); Lüders, S. 87, Fnte 3; Erichsen-Martens, S. 131; Wolff-Bachof, VR I, § 43 Ib, S. 323 m.w.N.

⁵ Eyermann-Fröhler, § 42, Rdn. 96; Hoppe, DVBl 1970, 845 (846); Lüders, S. 87, Fnte 3; vgl. im übrigen die ähnliche Problematik bei § 823 II BGB.

- Rechtssatz und Rechtsgeschäft müssen - zumindest auch - den Schutz der Individualinteressen berücksichtigen¹;
- dem Begünstigten muß die Rechtsmacht zustehen, sich dem Verpflichteten gegenüber auf die begünstigende Rechtsfolge berufen zu können.²

b. Dieser Definition zufolge könnten die Körperschaften - als Teil der Staatsmacht - niemals Träger subjektiver Rechte sein. Wem aber kein subjektives Recht zustehen kann, der vermag - so ließe sich weiter folgern - auch keine Ansprüche auf getreuliche Pflichterfüllung zu erheben. Auf unseren Fall bezogen hieße dies, daß dem Organwalter zwar subjektive Rechte gegenüber der Körperschaft zustehen könnten, daß ihm aber - mangels korrelierender subjektiver Rechte der Körperschaft - keine Pflichten obliegen könnten; ein Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt einer Pflichtverletzung würde damit ausscheiden.

Eine derartige Sichtweise wäre jedoch falsch. Denn zweifellos können dem Bürger - erst Recht im Rahmen von Schuldverhältnissen - auch Pflichten gegenüber dem Hoheitsträger auferlegt sein, die zwangsläufig einem Forderungsrecht des Hoheitsträgers entsprechen.^{3,4}

¹ Kopp, VwVfG, § 9, S. 77/78; Eyermann-Fröhler, § 42, Rdn. 96 ff; Redeker-von Oertzen, § 42, Rdn. 152; vgl. hierzu im übrigen die vergleichbare Problematik bei § 823 Abs. 2 BGB.

² Hoppe, DVBl 70, 845 (846); Lüders, S. 87, Fn 3; Wolff-Bachof, VR I, § 43Ib, S. 323 m.w.N. Soweit man - wie z.B. Henke, DÖV 80, 621 (624, Fußnote 12) - auch dem Staat subjektive Rechte zuerkennt, wird man die Rechtsmacht des Staates, die Berechtigung vom Staatsbürger Erfüllung seiner Pflichten verlangen zu können, als Ausfluß der Staatsgewalt ansehen können.

³ Simons, S. 60/62; Bender, S. 72, Rdn. 182, 192; Tiemann, Verw Arch 66, 381 (395); Ossenbühl, S. 218; Eckert, DVBl 60, 11 ff.

⁴ Zu den terminologischen Unterschieden einerseits, Wolff-Bachof, § 41 III, S. 298, andererseits Henke, DÖV 80, 623 und Schapp, S. 152 ff (154/155), S. 172 ff.

Wolff, der den Begriff der subjektiv-öffentlichen Rechte auf Ansprüche des Bürgers gegen den Staat beschränken will¹, bezeichnet die Rechte des Hoheitsträgers, die sich mit entsprechenden Pflichten von Zivilpersonen decken, nicht als subjektive Rechte, sondern als "verwaltungsrechtliche Berechtigungen" der Hoheitsträger.² Demgegenüber vertreten Henke³ und Schapp⁴ die Auffassung, eine begriffliche Begrenzung der subjektiven Rechte auf den Bürger als Anspruchsinhaber sei antiquiert und widerspreche einem modernen Staatsverständnis. Beide Autoren wollen den Begriff des subjektiven Rechts deshalb auf staatliche Ansprüche ausdehnen.

Ob auch die Rechte des Hoheitsträgers als subjektive Rechte qualifiziert werden können, oder ob es sich schlicht um "verwaltungsrechtliche Berechtigungen" handelt, kann im Rahmen dieser Arbeit nicht ausdiskutiert werden. Für das hier zu lösende Problem reicht die Feststellung, daß es unzweifelhaft "Rechte" des Hoheitsträgers gibt und daß diesen deckungsgleiche Pflichten von Zivilpersonen gegenüberstehen können. Wie das subjektive Recht setzen die Rechte des Hoheitsträgers einen Rechtssatz oder ein Rechtsgeschäft voraus. Die Berechtigung des Hoheitsträgers (die Rechtsmacht) vom Staatsbürger die Erfüllung seiner Pflichten zu verlangen, kann dabei unschwer als Ausfluß der allgemeinen Staatsgewalt angesehen werden.^{5,6}

¹ Wolff-Bachof, § 43Ib, S. 322.

² Wolff-Bachof, § 41III, S. 298.

³ Henke, DÖV 80, 621 (623, 633).

⁴ Schapp, S. 154 ff, S. 172 f.

⁵ Henke, DÖV 80, 621 (624, Fußnote 12); Wolff, § 41III, S. 298; vgl. im übrigen S. 54, Fußnote 3.

⁶ Bei genauerem Hinsehen entpuppt sich der skizzierte Meinungsstreit damit als Streit um Begriffe.

2. Der intrapersonale Raum als rechtsfreier Raum?

Ausgehend von der Impermeabilitätslehre Labands¹ und Jellineks² wurde früher die These vertreten, das Recht könne nur das Verhältnis der Bürger untereinander oder deren Verhältnis zum Staat erfassen, nicht aber den sogenannten Innenbereich des mit der natürlichen Person gleichgesetzten impermeablen Staatsgebildes³. Innerhalb der juristischen Person galten alle Beziehungen, auch die hier diskutierten organ-schaftlichen Verhältnisse, als bloße "Interna" und damit als außerhalb des Rechts liegend.⁴

Diese Konzeption, die letztlich aus dem historisch zu deutenden Spannungsverhältnis der konstitutionellen Monarchie zwischen Exekutive und Legislative abgeleitet wurde⁵, ist heute als überholt anzusehen.⁶ Das Grundgesetz geht allein vom Prinzip der Volkssouveränität aus; dem demokratischen Rechtsstaat sind unkontrollierte, rechtsfreie Zonen - etwa in der Exekutive - fremd.⁷ Im übrigen ist von Rupp⁸ und anderen⁹ nachgewiesen worden, daß auch im innerstaatlichen Bereich verwaltungsinterne Regelungen bestehen, die unzweifelhaft Bindungswirkungen entfalten, so daß man nicht umhinkommt, diese als Rechtsnormen anzusehen.¹⁰

¹Laband, S. 181.

²Jellinek, S. 194.

³So z.B. noch aus der jüngeren Zeit Dagtouglov, S. 69: "Schon das Sprachgefühl weigert sich zwischen Nicht-Personen (Anm.: gemeint sind die Organe) rechtliche Beziehungen anzunehmen."

⁴Vgl. hierzu ausführlich die Darstellung bei Rupp, S. 18 ff. S. im übrigen auch die zusammenfassende Darstellung bei Bethge, DVBl 80, 309 ff.

⁵Bleutge, S. 71/72.

⁶Vgl. hierzu z.B. Tsatsos, S. 18 ff; Bethge, DVBl 80, 309 (311) spricht von einem "Impermeabilitätstrauma".

⁷Bleutge, S. 72.

⁸Rupp, S. 21, 29, 33, 34.

⁹Vgl. z.B. die Nachweise bei Bleutge, S. 73 ff.

¹⁰Beispielhaft erwähnt sei die Geschäftsordnung eines Kollegialorgans.

3. Subjektive Rechte des Organwalters im Bereich des "Organverhältnisses"

Schon auf den ersten Blick mutet es eigenartig an, aus dem "Organverhältnis" also aus den Rechtsbeziehungen des Organs zur Körperschaft subjektive Rechte des Organwalters abzuleiten; denn die Rechtsbeziehungen, in denen das Organ zur juristischen Person steht, sind streng von jenen zu unterscheiden, die zwischen der juristischen Person und dem Organwalter existieren.¹ Andererseits darf aber nicht die enge Relation zwischen Organ und Organwalter übersehen werden. Angesichts der Verknüpfung von Organ und Organwalter ist es zumindest denkbar, daß dem Organwalter, falls dem Organ subjektive Rechte zustünden, unter Umständen eine subjektive Berechtigung auf Ausübung der Organrechte erwachsen könnte.² Ob derartige Organrechte bestehen, ist zweifelhaft.

Die Frage nach subjektiven Rechten der Organe wird vor allem im Bereich der "sogenannten Organstreitverfahren" diskutiert. Hier wird und wurde lebhaft darüber gestritten, ob der Organwalter bzw. das Organ befugt sei, innerorganisatorische Streitigkeiten gerichtlich auszutragen.³ Ausgangspunkt des Streites ist zwangsläufig das "Organverhältnis". Dabei wird an Hand der Klagebefugnis (vgl. § 42 Abs. 2 VwGO) erörtert, ob dem Organ bzw. dem Organwalter eigene, subjektive Rechte an den Kompetenzen des Organs zustehen.⁴ Die Zulässigkeit von Organstreitverfahren

¹ Hoppe, Organstr., S. 173.

² Hoppe, Organstr., S. 173 f (174).

³ Ausführlich, siehe Lüders, S. 82-115.

⁴ Eyermann-Fröhler, § 42, Rdn. 14a; Redeker-v.Oertzen, § 43, Rdn. 13 ff.

ist zwar mittlerweile unumstritten, ihr dogmatischer Unterbau wird jedoch nach wie vor diskutiert.¹

Während ein Teil der Lehre subjektiv-öffentliche Rechte des Organs verneint² und über verschiedene dogmatische Ansätze dennoch zur Zulässigkeit von Organstreitverfahren kommt³, begründen andere in aufwendigen Theorien die Annahme eines subjektiv-öffentlichen Rechts.⁴ Wieder andere⁵ - vor allem aber die Rechtsprechung⁶ - verzichten auf jeden dogmatischen

¹ Vgl. vor allem die jüngste Diskussion auf dem 6. Deutschen Verwaltungsrichtertag: Hoppe, NJW 80, 1017 ff; Papier, DÖV 80, 292 ff; Bethge, DVBl 80, 309 ff; hiernach scheint eine dogmatische Einigung unmöglich; der Gesetzgeber ist aufgefordert, eine Lösung zu finden; abschließend vgl. Bethge, DVBl 80, 824 ff.

² Rupp, S. 65 ff, S. 69 f; Dagtougrou, S. 69 verneinen gänzlich ein subjektives-öffentliches Recht des Organwalters.

³ So z.B. Hoppe, vgl. S. 238 m.w.N., der ein subjektives-öffentliches Recht des Organwalters verneint, diesen jedoch quasi als Prozeßstandschaffer befähigt wissen will, für die handlungsunfähige Gesamtorganisation im Klagewege vorzugehen. Die Auffassung von Hoppe ist vielfach kritisiert worden, vgl. Fuß WissR 72, 114; Bethge, DVBl 80, 309 ff. Bleutge, der subjektive eig. Rechte des Organwalters im Prinzip ablehnt (S. 88), aber solche quasi aus rechtspolitischen Gründen fingieren will (S. 107); Fuß, WissR 72, 110 (116) meint im Rahmen des Organstreitverfahrens komme die Ausnahmegesetzvorschrift von § 42 II VwGO zum Zuge, so daß es eines "subjektiven Rechts" nicht bedürfe; im übrigen vgl. Krebs, VerwArch 66 (1977), S. 189 ff (194); Hoffmann-Becking, DVBl 72, 299 ff; Ewald, DVBl 1970, 237 (239), die alle eine Wahrnehmungszuständigkeit des Organwalters, jedoch keine eigenen Rechte desselben sehen. Auch die übrigen Auffassungen scheinen nicht konsensfähig, vgl. dazu Hoppe, DVBl 80, 1017 (1018 f).

⁴ Z.B. Kisker, Insichprozeß, S. 37 ff mit der Lehre von den sogenannten Kontrastorganen; ähnlich Tsatsos, S. 18 ff; Kisker, Jus 75, 704 ff (708); oder aber Lüders, S. 85 ff (95 ff).

⁵ Ewald, WissR 70, 35 ff (39, 46); Scholz, DÖV 73, 843 ff (846).

⁶ Lediglich beispielhaft erwähnt seien: OVG-MS (U.v. 2.2.72, Az.: III A 887/69), in OVG E 27, 258; OVG-MS (U.v. 4.4.62, Az.: III A 1122/61) in OVG E 17, 261; VGH Ba-Wü (B.v. 27.10.77, Az.: IX 2682/77) in DVBl 78, 274; OVG-MS (B.v. 7.3.75, Az.: III B 925/75) in OVG E 31, 10; ferner zum sogenannten Insichprozeß, BVerwG (U.v. 21.6.74, Az.: IV C 17.72) in BVerwGE 45, 207 ff (208-210).

Ansatz und leiten aus der Tatsache einer bestimmten Kompetenzverteilung rechtsschutzbewehrte Positionen her.

Unerfreulich ist es in diesem Zusammenhang vor allem, daß in Literatur und Rechtsprechung nicht hinreichend zwischen Klagen des Organwalters aus dem "Organverhältnis" und solchen Klagen differenziert wird, die aus dem Organwalterverhältnis resultieren. Wie jüngst von Papier¹ nachgewiesen worden ist, stellen viele als "Organstreitigkeiten" bezeichnete Fälle in Wahrheit keine "Organklagen", sondern "Organwalterklagen" dar.²

Ob dem Organwalter aus dem Organwalterverhältnis (höchstpersönliche) eigene, subjektive Rechte erwachsen können, soll weiter unten bei der Abhandlung des Organwalterverhältnisses überprüft werden.³ Zunächst muß geklärt werden, ob dem Organwalter im Umweg über das "Organverhältnis" eigene subjektive Rechte erwachsen können.

a. Ablehnung subjektiver Rechte im Bereich des "Organverhältnisses"

Der Organwalter könnte aus der "Amtsstellung im funktionalen Sinne" (Organverhältnis)⁴ allenfalls dann subjektive Rechte herleiten, wenn dem Organ gegenüber der Körperschaft subjektive Rechte und Pflichten zustünden. Wer im Sinne der Wolff'schen Definition des Organs dieses als "institutionelles Subjekt zur

¹ Papier, DÖV 80, 292 (297) m.w.N..

² Papier, DÖV 80, 292 (297) m.w.N. Jetzt auch Bethge, DVBl 80, 824, dort Fußnote 6, sowie S. 825. Vgl. z.B. OVG-MS (U.v. 2.2.72, Az.: III A 887/69) in OVG 27, 258 (259); ferner Bay. VGH (U.v. 25.7.79, Az.: Nr. 6 V 77) in DVBl 80, 63 f.

³ Siehe unten § 7 V, S. 69.

⁴ Wolff-Bachof, VR II, § 73 IIIa 1, S. 34.

transitorischen Wahrnehmung von Eigenzuständigkeiten" bezeichnet,¹ vermag schwerlich zu begründen, daß den Organen ein subjektives Recht an den Kompetenzen zusteht.² Nehmen die Organe nämlich lediglich Rechte der Körperschaften wahr, so kann die Funktionszuweisung kein subjektives Organrecht zur Folge haben. Dies liegt daran, wie Wolff³ bereits frühzeitig erkannt hat, daß die Kompetenz zwar insofern "subjektiv" sein kann, als sie "vom objektiven Recht allgemein und apersonal auf ein Subjekt bezogen" ist, daß aber ein eigenes Recht des Organs an der Kompetenz nicht besteht. Die Kompetenz ist vergleichbar der Vertretungsmacht.⁴ Wie jene kann die Kompetenz jederzeit geändert oder ganz entzogen werden.⁵ Kompetenz bedeutet, wie Wolff weiter ausführt⁶, nicht mehr als "eine rechtlich erhebliche, einem Subjekt zustehende Macht zu rechtlich erheblichem Verhalten oder ein rechtliches Können". Das Organ (und erst recht nicht der Organwalter) ist eben niemals Träger der Kompetenz, sondern Träger und nomineller Inhaber der Kompetenz bleibt stets die juristische Person selbst.⁷ Folglich kann den Organen mit der Kompetenzübertragung allenfalls eine Rechtsbefugnis zur Kompetenzwahrung und Kompetenzausübung verliehen werden, nicht aber die Inhaberschaft des Rechts selbst.⁸

¹ Vgl. dazu § 7 I dieser Arbeit, S. 46 f.

² Wolff-Bachof, VR II, § 73 III d, S. 39; Hoppe, Organstr., S. 173 und die weiteren Nachweise zu § 7 I dieser Arbeit, S. 46 f.

³ Wolff, S. 275; Hoppe, Organstr., S. 174.

⁴ Wolff, S. 272/273.

⁵ Wolff, S. 275.

⁶ Wolff, S. 275; Hoppe, Organstr., S. 174.

⁷ Wolff, S. 275.

⁸ Rupp, S. 100.

Zwangsläufig kann deshalb auch der Organwalter aus der Kompetenzübertragung auf das Organ keine eigenen subjektiven Rechte ableiten. Wenn nämlich schon die Organe nicht Träger eigener Rechte sind, sondern Inhaber von "Wahrnehmungszuständigkeiten", so kann der Organwalter aus dem Innehaben der "Amtsstellung im funktionalen Sinne", aus dem "Walten" für das Organ keine weitergehenden Rechte ableiten als das Organ, für das er tätig wird.¹ Rechte des Organwalters an den einzelnen Kompetenzen bestehen also nicht.

Es bliebe im Rahmen des "Organverhältnisses" zu untersuchen, ob dem Organ und damit mittelbar dem Organwalter, wenn schon kein Recht auf die Kompetenz, so doch wenigstens ein Recht "auf die Ausübung des ihm zustehenden Könnens" (= an den Kompetenzen) zusteht.²

Eine subjektive "Ausübungsbefugnis" ließe sich aber allenfalls aus dem Übertragungsakt ableiten. Wie kann aber die Übertragung der Kompetenzen, d.h. die Verleihung von Rechtsmacht, ein subjektiv eigenes Recht hinsichtlich der "Art und Weise der Ausübung" der Kompetenz begründen?³

Wenn die Kompetenz - wie soeben dargelegt - als eigenes Recht nur der Körperschaft originär zusteht, und

¹ Wolff, S. 272.

² Wolff, S. 276 f; vgl. ferner Hoppe, Organstr., S. 174; ferner Rupp, S. 100, der hier den vielzitierten Satz äußert: "Wo sollte auch der Grund zur Entstehung organeigener subjektiver Rechte liegen, wenn der Gesamtorganismus seine Funktionen auf bestimmte Organe arbeitsteilig verteilt? Sicher ist nur, daß die Organe mit der Verpflichtung zur Kompetenzwahrung und Kompetenzausfüllung eine Rechtsmacht, eine Rechtsbefugnis erhalten. Diese hat aber nur zum Inhalt, organschaftlich für den Gesamtorganismus zu handeln. In ihr liegt jedoch nicht zugleich ein subjektives Recht der Organe auf ungestörte Wahrung der Organfunktion. Die Rechtsbefugnis ist vielmehr auch hier nur Gegenstand einer Verpflichtung, nicht aber Inhalt eines subjektiven Rechts. Die Zurechnungsendsubjektivität der Organe bestimmt sich also ausschließlich von der Pflichtseite her."

³ Vgl. Wolff, S. 276.

wenn deshalb die Übertragung der Kompetenz kein subjektives Recht vermitteln kann, so widerspräche es den Gesetzen der Logik, hieraus ein spezialisiertes Recht "auf Ausübung der Kompetenz" abzuleiten. Die Übertragung der Kompetenz als logisch¹ vorrangiger Schritt vermag der logisch nachrangigen "Kompetenzausübung" keine weitergehenden Inhalte zu vermitteln. Ebenso wie die Kompetenz selbst steht auch die "Art und Weise" der Ausübung nur dem Träger der Kompetenz, der juristischen Person zu.

Die bei der Übertragung der Kompetenz begründete Ausübungsverpflichtung der Organe ist deshalb ein bloßes "Reflexrecht und eine Reflexpflicht" der Organe. Mittelbar kann deshalb auch dem Organwalter allenfalls eine "Reflexmacht" zukommen.¹

Die Rechtfertigung für ein subjektives Recht kann auch nicht in "einem eigenen, gegen Übergriffe anderer Organe und Organteile zu schützenden Interesse des Organs liegen"². Gerade hieran fehlt es nämlich.³ Denn wie dargelegt, nehmen die Organe zwar Interessen wahr, jedoch keine eigenen⁴, sondern stellvertretend die der juristischen Person.⁵ Mangels eigener Rechtsinteressen kann also auch dem Organwalter mittelbar kein eigenes Recht hinsichtlich der Art und Weise der Kompetenzausübung zustehen.

Als Zwischenergebnis kann also festgehalten werden, daß der Organwalter aus der Zuweisung der Kompetenzen

¹ So Wolff, S. 279/280; Reflexrechte reichen zur Begründung subjektiver Rechte nicht aus. Vgl. s.o., S.53 f, insbesondere die Nachweise bei Eyermann-Fröhler, § 42, Rdn. 96 f.

² Vgl. hierzu Hoppe, Organstr., S. 175.

³ Hoppe, Organstr., S. 175.

⁴ Hoppe, DVBl 70, 845 (846).

⁵ Hoppe, Organstr., S. 175.

weder ein subjektives Recht auf die Kompetenzen, noch ein subjektives Recht an der "Art und Weise der Ausübung" ableiten kann. Es fehlt jeweils an der zweiten Voraussetzung für ein subjektives Recht: Die Zuweisung der Kompetenzen dient nicht dem Schutz der Individualinteressen der Organwalter.¹

Beide Fragen sind sorgfältig davon zu unterscheiden, ob dem Organwalter nicht ein subjektives Recht auf die Ausübung der Stelle, "auf die Waltung des Organs" zukommt. Hierauf wird später noch einzugehen sein.²

b. Kritik der Befürworter

Wenn es trotzdem in der Literatur zahlreiche Versuche gibt, subjektive Rechte der Organe und damit auch der Organwalter an den Kompetenzen zu konstruieren, so geschieht dies allein aus rechtspolitischen Gründen. Wie Wolff³ bereits 1934 unter Berufung auf Jellinek⁴ ausgeführt hat, geht der Streit im Organstreitverfahren im Grunde nicht um die Geltendmachung eines subjektiven Rechts, sondern um die im Interesse der Rechtssicherheit gebotene Klärung einer Meinungsverschiedenheit über objektives Recht.

In Wahrheit suchen die Befürworter "subjektiver Rechte" aus rechtspolitischen Gründen nach einem dogmatischen Ansatz, um einem gesetzlichen Erfordernis - der Klagebefugnis - Genüge zu tun. Dies wird zumeist auch mehr oder weniger unverbrämt zugegeben.⁵ Zwangsläufig sind die einzelnen Ansätze

¹ Hoppe, DVBl 70, 845 (846) m.w.N.

² Wolff, S. 272; vgl. im übrigen die Ausführungen unter § 7IV.

³ Wolff, S. 276.

⁴ Jellinek, S. 227.

⁵ Vgl. z.B. Bleutge einerseits S. 89, andererseits, S. 107, wo er von "einer Subjektivierung der Organbeziehung" spricht; ferner Lüders, S. 97 und dann S. 98, wo "von der Notwendigkeit des Schutzes" die Rede ist.

in der Literatur auch nicht überzeugend.

(1) Kiskers Lehre "von den Kontrastorganen"¹ verwischt jede klare Unterscheidung zwischen Kompetenz und subjektivem Recht, wenn er behauptet, daß die Organe den von ihnen zu betreuenden Aspekt des Gesamtinteresses wie ein eigenes partikulares Interesse gegen die Beeinträchtigung durch andere Organe derselben juristischen Person zu verteidigen hätten. Kisker meint, hieraus ließe sich ein "quasi-eigenes"² Interesse der Organe ableiten. Damit negiert er praktisch das Wesen der Kompetenz "als bloße Wahrnehmungszuständigkeit ohne eigene Rechtsmacht".

(2) Ähnlich - wenn gleich noch schärfer als Kisker - betont Tsatsos³ die Körperschaftsinternen Interessengegensätze. Nach ihm kommt gerade in der Interessendifferenz die Eigenständigkeit der einzelnen Organe und damit das subjektive Organrecht zum Ausdruck. Auch diese Auffassung leidet an einer Gleichsetzung von Kompetenz und subjektivem Recht.

(3) Wieder andere, wie Bleutge⁴, stellen die These auf, der Kommunalverfassungsgeber habe die Organbeziehungen insofern "subjektiviert" als sich die gemeindliche Hoheitsgewalt zum Schutze der Gemeindebürger und zur Verwirklichung des demokratischen Prinzips auf bestimmte, voneinander unabhängige Funktionsträger verteile, in denen dieser Zweck zum Ausdruck gekommen und institutionalisiert worden sei. Bleutge will damit die Kompetenzen zu subjektiven Rechten fingieren.⁵ Auch diese Ausführungen vermögen die obige

¹ Vgl. Kisker, S. 37 ff.

² Kisker, S. 37.

³ Tsatsos, S. 18 ff.

⁴ Bleutge, S. 94 ff (S. 107).

⁵ Bleutge, S. 107.

These, daß die Kompetenzen bloße Wahrnehmungszuständigkeiten und keine subjektiven Rechte sind, nicht zu widerlegen.

(4) Ähnlich argumentiert auch Lüders¹, wenn er jeden kompetenzverleihenden innerorganisatorischen Rechtsatz darauf hin untersuchen will, ob er eine Notwendigkeit für das Funktionssubjekt mit sich bringt, die Kompetenz gegen mögliche Einbrüche zu verteidigen.

Die Reihe der Befürworter ließe sich noch fortsetzen.² Ihre Beweggründe mögen billigenswert sein, ihre dogmatischen Ansätze überzeugen nicht³ und vermögen die hier gemachte Ausgangsüberlegung, daß Kompetenzen bloße Wahrnehmungszuständigkeiten sind, nicht zu widerlegen. Das bloße rechtspolitische Interesse an der Eröffnung des Klageweges für sog. "Organstreitverfahren" rechtfertigt die Annahme subjektiver Rechte des Organs an den Kompetenzen nicht.⁴ Die methodischen Überlegungen von Hoppe zeigen im übrigen, daß es der Konstruktion eines subjektiven Rechts im Rahmen der Organstreitigkeit auch nicht bedarf.⁵ Auf diesen und auf andere⁶ Lösungsversuche braucht im Rahmen der vorliegenden Arbeit jedoch nicht weiter eingegangen werden, da sie für die weitere Problemstellung ohne Interesse sind.

Als Zwischenergebnis läßt sich festhalten:

Das "Organverhältnis" vermittelt dem Organwalter keine eigenen subjektiven Rechte und Pflichten. Das "Organ-

¹ Lüders, S. 114/115.

² Vgl. insoweit die zusammenfassende Darstellung bei Lüders, S. 82 ff.

³ Hoppe, Organstr., S. 175, Fnte 24.

⁴ Wolff, S. 276.

⁵ Hoppe, Organstr., S. 177 ff; Hoppe, DVBl 1970, S. 845 ff.

⁶ Fuss, WissR 5 (1972), S. 110 ff, 116 ff.

verhältnis" kann deshalb auch kein "Schuldverhältnis" sein. Haftungsrechtliche Konsequenzen lassen sich deshalb aus diesem Beziehungsfeld nicht ableiten.

IV. DAS "ANSTELLUNGSVERHÄLTNIS" ALS "VERWALTUNGS-RECHTLICHES SCHULDVERHÄLTNIS"?

1. Der hauptberufliche Organwalter

Es dürfte außer Zweifel stehen, daß die hauptberuflichen Organwalter Subjekt und Objekt eines "verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnisses" in seinen jeweiligen besonderen Ausformungen sind. Es handelt sich hierbei vor allem um das Beamtenverhältnis.¹ Denkbar sind aber auch privatrechtliche Anstellungsverhältnisse. In diesen Fällen wird der Organwalter über das besondere Dienstverhältnis durch die Körperschaft in Dienst genommen, ohne daß hieraus bereits eine besondere Organfunktion ableitbar wäre. Das allgemeine Grundverhältnis ist gleichzeitig die Basis mannigfaltiger, dienstrechtlicher Rechte und Pflichten.² Diese Rechte und Pflichten sind nur allgemeiner Natur, ein mittelbarer Zusammenhang mit der Organverwaltung läßt sich jedoch nicht leugnen. Denn die aus dem dienstrechtlichen Grundverhältnis resultierende Treuepflicht wirkt sozusagen übergreifend auch auf die Organverwaltung ein. Die beamteten Organwalter haften deshalb bei Verstößen gegen ihre Treuepflicht nach den entsprechenden beamtenrechtlichen Vorschriften³, der angestellte Organwalter haftet nach den Grundsätzen einer pFV des Dienstvertrages.⁴

¹ S. oben § 3 II 1, S. 13.

² Wolff-Bachof, VR II, § 73 III b, S. 35.

³ Vgl. s. oben § 3 II 1 (z.B. §§ 46 BRRG, 78 BBG).

⁴ Zum öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis vgl. allg. BVerwG (U.v.5.3.68, Az.: I C 35.65) in DVBl 68, 919.

2. Der "ehrenamtliche" Organwalter

Bei oberflächlicher Betrachtung des "ehrenamtlichen Organwalters" ist ein Anstellungsverhältnis nicht ersichtlich.

Denn ein allgemeines Grund- oder Anstellungsverhältnis, das den ehrenamtlichen Organwalter losgelöst von seiner Organverwaltung allgemein zur Dienstleistung für die juristische Person verpflichtet, wie dies bei den hauptberuflichen Organwaltern der Fall ist, besteht sicher nicht.¹

Das Anstellungsverhältnis ist aber nicht Voraussetzung des Organwalterverhältnisses.² In Ausnahmefällen kann das unterliegende Grundverhältnis völlig fehlen.³ Möglich ist auch, daß das Anstellungsverhältnis in Einzelfällen "uno actu" mit dem Organwalterverhältnis zusammengefaßt sein kann⁴ oder daß das Anstellungsverhältnis dem Organwalterverhältnis zeitlich nachfolgen kann.⁵

Das Organwalterverhältnis entsteht durch die "Bestellung"⁶ des Privaten zum Organwalter. Im Bereich der Selbstverwaltungskörperschaften wird das Organwalterverhältnis regelmäßig durch eine Wahl der Person des Organwalters und durch die Annahme der Wahl durch den

¹ Wolff, S. 232 (zum Wesen des Anstellungsverhältnisses); vgl. ferner Krause, Gemeinschaftskom. zum SGB, § 40 SGB IV, Rdn. 5.

² Vgl. dazu für das Vereinsrecht Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 27, Rdn. 10.

³ Wolff, S. 232.

⁴ Wolff, S. 232; Wolff-Bachof, VR II, § 73 III a 3, S. 34. Wolff erwähnt beispielhaft das Ministeramt und das Vereinsvorstandsmitglied.

⁵ Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 37; ferner OVG Lüneburg (U.v. 7.10.52, Az.: II OVG A 453/51) in OVGE 6, 358 ff zum kommunalen Wahlbeamten.

⁶ Vgl. im einzelnen § 7 v 2, S. 69.

Organwalter begründet.¹ Vereinzelt entsteht das Organwalterverhältnis aber auch erst durch die staatliche Bestätigung der Wahl², bzw. durch die Berufung des Organwalters durch ein anderes Organ in ein bestimmtes Amt.³

Das Organwalterverhältnis endet regelmäßig durch Tod des Organwalters, Amtsenthebung, Abwahl, Verzicht, Rücktritt, durch Ablauf der Wahlperiode oder aber einfach bei Wegfall bestimmter subjektiver Voraussetzungen.⁴

Bei den ehrenamtlichen Organwaltern entsteht auf Grund der Bestellung, d.h. durch die Wahl, Bestätigung oder Berufung, gleichzeitig auch das "Grundverhältnis", das Wolff treffend als "Ehrenamtsverhältnis" bezeichnet hat.⁵ Eine eigene Bedeutung kommt dem "Ehrenamtsverhältnis" freilich nicht zu. Es ist unauflöslich mit dem Organwalterverhältnis verknüpft. Es ist mit ihm deckungsgleich, da es gerade Inhalt des Ehrenamtes ist, die betreffenden Amtsfunktionen zu versehen. Das Ehrenamtsverhältnis erlischt mit dem Organwalterverhältnis, es ist also streng "akkzessorisch".

In der Folge kann deshalb nur das Organwalterverhältnis Gegenstand der weiteren Untersuchungen sein.

¹ Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 37; ferner Wolff, S. 266/267.

² Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 37, z.B. der OKD nach § 2 KreisO NW und der Rektor einer Hochschule nach § 30 I S. 2 WissHG NW.

³ Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 37; z.B. der Kanzler einer Hochschule, vgl. § 11 S. 1 WissHG und die Asta-Referenten der Allgemeinen Studentenausschüsse.

⁴ Wolff, S. 267.

⁵ Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 37.

V. DAS "ORGANWALTERVERHÄLTNIS" ALS "ÖFFENTLICH-RECHTLICHES SCHULDVERHÄLTNIS"?

1. Das "Organwalterverhältnis" als besonders enge Sonderbeziehung

Der Organwalter steht in einer Doppelrolle: als Privatperson und als "Vertreter" der juristischen Person. Mit der Begründung des Organwalterverhältnisses wird die Privatperson in ein neues Beziehungsfeld gestellt: Die Organwalterbeziehung. Die Organwalterbeziehung wird damit zu einer besonders gearteten Rechtsstellung der Privatperson.¹ Kraft dieses Verhältnisses wird die Privatperson zum Organwalter, sie wird hierdurch mit dem Organ und der juristischen Person derart verbunden, daß der Organwalter das dort "zusammengefaßte Können, Dürfen und Sollen erhält und hat".² Die Privatperson steht als Organwalter der juristischen Person damit nicht wie jeder beliebige andere Staatsbürger gegenüber, sondern in einer Sonderfunktion als Walter der Organinteressen. Hieraus folgt zwangsläufig, daß durch die Organwalterbeziehung eine "besonders enge Sonderbeziehung" geschaffen wird, die sich klar und eindeutig von den allgemeinen Beziehungen der juristischen Person zu dem einfachen Staatsbürger abgrenzen läßt.

2. Das Organwalterverhältnis als Standort subjektiver Rechte und Pflichten

a. Die "Bestellung" als Quelle eines subjektiven Rechts

Da Quelle eines subjektiven Rechts nur ein Rechtsatz oder ein Rechtsgeschäft sein kann³, gilt es,

¹ Wolff, S. 230/231.

² Wolff, S. 233.

³ Eyermann-Fröhler, § 42, Rdn. 96; Hoppe, DVBl 70, 845 (846); Lüders, S. 87 (Fn. 3).

den Entstehungsgrund des Organwalterverhältnisses, die Wahl, Bestätigung oder Berufung näher zu qualifizieren. Hätte die Bestellung des Organwalters "rechtsgeschäftlichen" Charakter, so könnte sie zweifelsohne Grundlage subjektiver Rechte des Organwalters sein.¹

Man könnte die Bestellung als rein internen, korporationsrechtlichen Akt ansehen, der weder zugangs- noch annahmbedürftig ist.²

Diese Auffassung ist heute überholt. Richtig ist zwar, daß jede Art der Bestellung zunächst einen rein innerkorporationsrechtlichen Akt der Willensbildung voraussetzt, beispielsweise im Falle der Bestellung durch Wahl: den Wahlakt, im Falle der Berufung: die persönliche Willensbildung des Berufenden. Es liegt aber auf der Hand, daß die Bestellung mit der internen Willensbildung allein nicht vollzogen werden kann.³ Der Wahlakt, die Willensbildung des Berufenden bedarf wie jeder andere Willensakt (Willenserklärung) auch einer Erklärung nach außen, einer Erklärung gegenüber dem zu Bestellenden, um wirksam werden zu können (vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB).^{4,5}

¹ Eyermann-Fröhler, § 42, Rdn. 96; Hoppe, DVBl 70, 845 (846); Lüders, S. 87 (Fnte 3).

² So zum Vereinsrecht z.B. von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1910, § 37 I, Fnte 6,7, zitiert nach Reuter, in Münchener Kommentar, § 27, Rdn. 1, Fußnote 1.

³ So zumindest mißverständlich Bremer, § 6, S. 121.

⁴ Zur Anwendbarkeit der allg. Grundsätze des bürgerlichen Rechts (insbesondere § 130 BGB) auf öffentlich-rechtliche Willenserklärungen, insbesondere im Rahmen von Wahlverfahren, BVerwG (B.v. 30.10.64, Az.: VII P 5/64) in DÖV 65, 158/159.

⁵ Vgl. ^{die} z.B. Bestellung des Vorstandes im Vereinsrecht, vgl. Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 27, Rdn. 4; Reuter, in Münchener Kommentar, § 27, Rdn. 1,2; Staudinger-Coing, § 27, Rdn. 10; BGH (U.v. 22.9.69, Az.: II ZR 144/68) in BGHZ 52, 316 (322); BGH (U.v. 26.5.75, Az.: II ZR 34/74) in DB 75, 2032.

Der innerkorporationsrechtliche Willensakt qualifiziert sich damit als ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft¹, denn die äußere Dokumentation des internen Willensaktes ist eine final auf eine Rechtsfolge gerichtete Willensäußerung.² Der jeweils Handelnde will auf einen rechtlichen Zustand einwirken, bzw. den Eintritt eines bestimmten rechtlichen Erfolgs herbeiführen.²

Die "Bestellung" ist zwar demnach ein einseitiges Rechtsgeschäft, zusätzlich erforderlich ist aber regelmäßig, daß der Bestellte die Bestellung annimmt.³ Da die Annahme der Bestellung ebenfalls final auf eine Rechtsfolge gerichtet ist, hat auch sie rechtsgeschäftlichen Charakter. Die Bestellung ist mit ihrer Annahme endgültig vollzogen⁴, man könnte deshalb nicht ganz zu Unrecht von einem vertragsähnlichen Vorgang sprechen, richtigerweise muß man die Bestellung aber als einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft bezeichnen, das der Zustimmung des Bestellten bedarf.⁵

¹ Vgl. zunächst die Nachweise der vorhergehenden Fußnote; ferner BVerwG (B.v. 30.10.64, Az.: VIII P 5/64) in DÖV 65, 158/159, das annimmt, daß schon die Zustimmung eines Bewerbers zur Aufnahme in einen Wahlvorschlag ein Rechtsgeschäft sei.

² Willenserklärung und Rechtsgeschäft werden im öffentlichen wie im privaten Recht gleichermaßen definiert, vgl. BVerwG (B.v. 30.10.64, Az.: VII P 5/64) in DÖV 65, 158/159, wo ausgeführt wird, daß die allg. Grundsätze des bürgerlichen Rechts auch auf öffentlich-rechtliche Willenserklärungen Anwendung finden. Zur Definition von Willenserklärung und Rechtsgeschäft vgl. statt aller Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 104, Anm. 1c und 2a; ferner Wolff-Bachof, § 36 IIb, S. 256; speziell zur Wahl als Willenserklärung, vgl. Wolff, S. 266/267.

³ Reuter, in Münchener Kommentar, § 27, Rdn. 1; Staudinger-Coing, § 27, Rdn. 10; BGH (U.v. 26.5.75, Az.: II ZR 34/74) in DB 75, 2032.

⁴ Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 27, Rdn. 4.

⁵ Die Zustimmung ist nicht die Annahme einer Vertragsofferte, sondern eine Rechtsbedingung, Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 27, Rdn. 4; Staudinger-Coing, § 27, Rdn. 10.

Aus dem rechtsgeschäftlichen Charakter der Bestellung folgt, daß sie potentiell Grundlage eines subjektiven Rechts sein kann.¹

b. Verleiht die Bestellung dem Gewählten eigene Rechte?

Die entscheidende Frage bei der Suche nach subjektiv-öffentlichen Rechten geht dahin, festzustellen, ob das Rechtsgeschäft bzw. die Rechtsnorm, dessen oder derer Ausfluß das Recht sein soll, individual-schützenden Charakter hat. Zwar ist dabei nicht notwendigerweise erforderlich, daß ausschließlich Einzelinteressen Gegenstand der Norm oder des Rechtsgeschäfts sind, wichtig ist nur, daß neben den Belangen der Allgemeinheit auch den Einzelinteressen gedient werden soll.²

Die Fragestellung geht also dahin, ob der Gewählte auf Grund der Wahl einen Anspruch auf Organwaltung und damit einen eigenen Anspruch auf das spezifische Amt hat, für das er gewählt wurde.³

aa. Wolff⁴ spricht in diesem Zusammenhang ausdrücklich von "subjektiven Rechten" des Organwalters "zum" und "auf" das Amt. Nach Wolff folgen sie naturgemäß aus dem Wahlakt und bestehen bis zur Beendigung des Organwalterverhältnisses für dessen Dauer fort.⁵

¹ Zur Frage, ob Rechtsgeschäfte subj. Rechte zur Folge haben können, Hoppe, DVBl 70, 845 (846); Lüders, S. 87, Fnte 3; Erichsen-Martens, S. 131; Wolff-Bachof, VR I, § 43 I b, S. 323.

² Erichsen-Martens, S. 129/130; zur Abgrenzung von Recht und bloßem Rechtsreflex vgl. auch BVerfG (B.v. 26.5.70, Az.: 2 BvR 664/75) in BVerfGE 27, 297 (307).

³ Ewald, DVBl 1970, 237; Kisker, Jus 1975, 704 (S. 708, Fnte 12); Fuss, WissR 5, 96 (111); Bleutge, S. 88, Fnte 12, Fnte 13.

⁴ Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 41; Wolff, S. 267/268.

⁵ Wolff, S. 266/267.

Die Beziehung des Organs zur juristischen Person - das Organverhältnis -, aus der sich keinerlei subjektive Rechte an den zugewiesenen Kompetenzen ableiten lassen, läßt sich mit dem Organwalterverhältnis also nicht vergleichen. Während das Organ lediglich ein innerkörperschaftliches, institutionelles Subjekt von Zuständigkeiten ist, ist der Adressat der Bestellungserklärung eine natürliche Person. Anders als beim Organ muß deshalb beim Organwalter festgestellt werden, daß durch die Bestellung eine konkrete Zuweisung an ein eigenes, von der juristischen Person unabhängiges Rechtssubjekt erfolgt, die über eine bloße organisatorische Maßnahme hinausgeht. Nach Wolff folgt aus dieser bindenden Zuweisung: "Das Recht zum Amt ist ein subjektives Recht des Organwalters (der Organwalterperson) gegenüber der Juristischen Person und jedem andern, ihn, solange er Organwalter ist, als solchen zu dulden, gegenüber der Juristischen Person insbesondere, sein kompetenzgemäßes Organverhalten für und gegen dieselbe gelten zu lassen."¹

Klarstellend wird von Wolff hinzugefügt, daß die juristische Person bzw. eines ihrer Organe (oder aber übergeordnete Staatsorgane) den Organwalter unter bestimmten Voraussetzungen trotzdem aus dem Amt entfernen können (z.B. Abwahl, Amtsenthebung).² Mit der Anerkennung des subjektiven Rechts will Wolff im übrigen nicht zum Ausdruck bringen, daß die dem Amt zugewiesenen Kompetenzen unantastbar seien. Die Kompetenzen können geschmälert oder erweitert werden, ja selbst der Fortbestand des Amtes ansich soll nicht gewährleistet sein (z.B. Auflösung).²

Das subjektive Recht des Organwalters geht vielmehr nur auf seine Anerkennung als Inhaber der ihm zu-

¹Wolff, S. 267.

²Wolff, S. 267.

stehenden und zugewiesenen Organstellung in ihrer jeweiligen Existenzform.

Aus dem Recht auf Anerkennung als Inhaber der Organstellung folgt zwangsläufig das Recht auf Ausübung der Organwaltung.¹ Das Recht selbst verleihe auch das Recht zur Ausübung.² Um allerdings Mißverständnissen vorzubeugen, sei hier darauf hingewiesen, daß mit dem Recht auf Ausübung von Wolff lediglich das "rechtliche Können" gemeint ist. Das "Ob" und die "Art und Weise" der Ausübung einzelner, ganz bestimmter Kompetenzen ist nicht gemeint, denn Rechte an den einzelnen Kompetenzen bestehen nicht.³

Die Auffassung von Wolff wird, wenngleich zumeist ohne nähere Begründung, von der weitaus herrschenden Meinung geteilt.^{4,5}

bb. Dem Recht des Organwalters auf Anerkennung als Amtsinhaber und auf Ausübung des Amtes wird von Rupp⁶ und Hoppe⁷ widersprochen.

Hoppe meint, eine nähere inhaltliche Kennzeichnung dieses "Rechts" zeige, daß es nur ein Zustand des Habens sei, nämlich des Habens der Amtsmacht, des amtlichen Könnens. Das vermeintliche subjektive Recht zum Amt beinhalte "deshalb nichts anderes als das Essentiale einer jeden Rechtspflicht, nämlich das Recht, diese Pflicht auch zu erfüllen"⁷.

¹ Wolff, S. 267/268.

² Wolff, S. 268.

³ s. oben unter III.

⁴ Ferner Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 41; Ewald, DVBl 1970, 237 (239); Kisker, Jus 75, 704 (S. 708, Fnte 12); wohl auch Fuss, WissR 5, 96 (111); Bleutge, S. 88, Fnte 12, vor allem aber Fnte 13; ferner OVG Lüneburg (U.v. 7.10.52, Az.: II OVG A 453/51) in OVGE 6, 358; VGH Kassel (U.v. 12.11.54, Az.: OS I 47/53) in DVBl 55, 351.

⁵ Allein Papier, DÖV 80, 292 (297), und auch wohl Bethge, DVBl 80, 824 (825), haben sich im stärkeren Umfange mit subjektiven Rechten des Organwalters auseinandergesetzt und diese bejaht; eine tragfähige Begründung, fehlt aber auch hier.

⁶ Rupp, S. 69 ff.

⁷ Hoppe, Organstr., S. 172/173.

Hoppe beruft sich insoweit auf Rupp, der ausführt:

"Beim subjektiven Recht im hier vorausgesetzten Sinne geht es nicht um diese, jeder Pflicht immanente Berechtigung, sondern darum, ob der Organwalter zur ordnungsgemäßen Ausübung seiner Organwalterfunktion nicht nur verpflichtet sei, sondern ob ihm diese Funktion zu eigenem Recht zugewiesen werde und ob er kraft dieses Rechts hierüber verfügen und sein Amt gegenüber dem Gesamtorganismus oder anderen Organwaltern verteidigen können solle. Für diese Annahme finden sich nirgends Anhaltspunkte."¹

Rupp meint im übrigen, es fehle am eigenen Interesse und an einer Rechtsmacht des Organwalters.² Die Eigeninteressen des Organwalters sieht Rupp nur dann tangiert, wenn die Menschenwürde des Organwalters angetastet wird oder aber wenn er zu strafbaren Handlungen verleitet werden soll.³

Aus diesen Gründen sieht Hoppe im "Recht zum Amt" lediglich eine Ermächtigung zu pflichtgemäßem Handeln.⁴ Hoppe will sich zur Stützung seiner Auffassung auch auf Wolff berufen, denn laut Wolff⁵ (so zitiert Hoppe) sei der Organwalter zwar ermächtigt, alle kompetenzmäßigen Akte zu setzen, "habe" aber kein subjektives Recht, im Einzelfall als Organ in Tätigkeit zu treten.⁵ Dabei wird aber übersehen, daß Wolff an anderer Stelle mehrfach von einem subjektiven Recht des Organwalters spricht und mit dem vermeint-

¹Rupp, S. 70.

²Rupp, S. 70.

³Rupp, S. 70, will nur in diesen beiden Fällen ein subjektives Recht des Organwalters anerkennen.

⁴Hoppe, Organstr., S. 173.

⁵Wolff, S. 270 a.E.

lich in Abrede gestellten subjektiven Recht "im Einzelfall als Organ in Tätigkeit zu treten" lediglich gemeint ist, daß keine (subjektiven) Rechte an den einzelnen Kompetenzen bestehen.¹ Auf den Unterschied zwischen dem Recht zur Organverwaltung zu den "Rechten" an den Kompetenzen wurde bereits mehrfach hingewiesen.²

cc. Um die Problemstellung im Bereich der Organverwaltung genau zu erfassen, muß zwischen den einzelnen Organwalterverhältnissen differenziert werden.

Der hier diskutierte Fall des ehrenamtlichen Organwalters ist der Ausnahmefall. Normalerweise herrscht im Rahmen der allgemeinen Staatsverwaltung³ der hauptberufliche Organwalter als Typus vor. Diesen Fall hat auch Rupp hauptsächlich im Auge. Bei den Beamten und Angestellten bildet das "Anstellungsverhältnis" das Verbindungsstück zwischen Körperschaft und Privatperson. Das Grundverhältnis muß aber, wie wir bereits gesehen haben, "zum Amt" ergänzt werden.

Die Ergänzung "zum Amt" erfolgt bei den Beamten durch Zuweisung des Amtes im Anschluß an die Begründung des Anstellungsverhältnisses. Bei einem späteren Wechsel der Funktionen spricht man von "Versetzung"⁴. Ob sich aus dem Zuweisungs- oder Versetzungsakt ein subjektives Recht des Beamten/Angestellten auf Innehabung der Amtsstellung herleiten läßt, kann zu Recht bezweifelt werden.⁵

¹Wolff, S. 267/268.

²Vgl. s.o. § 7 III.

³Z.B. die Behörde "Regierungspräsident".

⁴Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 37.

⁵Hoppe, Organstr., S. 172, Fnte 6; zur Abwahl der kommunalen Wahlbeamten vgl. Erichsen, DVBl 80, 723 ff.

In diesen Fällen dürfte es richtiger sein, im Sinne von Hoppe lediglich von einer bestimmten "Handlungsermächtigung" zu sprechen.¹ Die Zweifel rechtfertigen sich daraus, daß die Zuweisung ein bloßer innerorganisatorischer Vorgang im Interesse der Funktionsfähigkeit der juristischen Person ist, der Eigeninteressen des Organwalters nicht kennt und regelmäßig unberücksichtigt läßt.² Diese Frage kann aber ebenso offenbleiben wie das Problem, ob der Beamte aus dem Grundverhältnis Anspruch auf die Zuweisung einer bestimmten Stelle hat.³

Die ehrenamtlichen Organwalter sind jedenfalls von den Organwaltern mit dienstrechtlichem Grundverhältnis streng zu unterscheiden, weil bei den ehrenamtlichen Organwaltern keine Zuweisung, sondern eine Bestellung durch "Wahl", "Bestätigung" oder "Berufung" erfolgt. Untersucht man die Bestellung / den Bestellungsverfahren genauer, so ergeben sich zugunsten des ehrenamtlichen Organwalters zwei Argumente, die für eine Verleihung subjektiver Rechte aus dem Organwalterverhältnis sprechen. Es kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob auch die "Zuweisung" ähnlich wie die "Bestellung" rechtsgeschäftlichen Charakter hat. Der entscheidende Unterschied zwischen "Zuweisung" und "Bestellung" liegt darin, daß die Bestellung, wenn sie durch Wahl erfolgt, direkt, wenn sie durch Berufung oder Bestätigung erfolgt, zumindest indirekt auf eigens geschaffenen besonderen Wahlrechtsnormen fußt.

¹ Hoppe, Organstr., S. 173.

² Vgl. hierzu auch Lepke, DVBl 1966, 135 ff.; ferner Wolff-Bachof, VR II, § 112 I b, S. 514; wegen der Fürsorgepflicht des Dienstherrn aus dem Grundverhältnis ist der Beamte aber nicht rechtsschutzlos; siehe auch Hoppe, Organstr., S. 172, Fnte 6 m.w.N.

³ Vgl. dazu Lepke, DVBl 1966, 135 ff.

Im Regelfall erfolgt die Bestellung durch Wahl. Die zugrunde liegenden Wahlrechtsnormen haben anders als die Zuweisungsnormen (z.B. die Versetzung im Beamtenrecht, § 18 BRRG) nicht nur die Interessen der Allgemeinheit, sondern auch besondere Individualinteressen des Gewählten im Auge. Die Wahl hat zwar ebenso wie die Zuweisung (auch) funktionalen Charakter, sie erschöpft sich hierin aber nicht.

(1) Dies läßt sich daraus ableiten, daß die Wahl im Gegensatz zur Zuweisung Ausfluß des Demokratiegebotes gem. Art. 20 Abs. 2 GG ist. Das Demokratiegebot unserer Verfassung verpflichtet alle - auch den Staat - die Wahl zu respektieren.¹ Die Wahl ist ein besonderer Vertrauensbeweis der Wähler, der Gewählte bewirbt sich um das Amt und erhält es in Person zugewiesen. Der Wahlakt (die Bestellung) bewirkt demnach eine personale Verknüpfung des Organwalters mit dem Amt. Das Demokratiegebot gem. Art. 20 Abs. 2 GG vermittelt dem Organwalter also ein eigenes, subjektives, öffentliches Recht auf Innehabung und Ausübung der Organwalterstellung.

(2) Neben dem Demokratiegebot spricht noch ein weiterer Grund für eine subjektive Rechtsstellung des Organwalters, der ebenfalls mit der Wahl und dem Demokratiegebot in engem Zusammenhang steht.

Der Wahlakt, die sich hieran anschließende rechtsgeschäftliche Bestellungserklärung² und die Annahme

¹ OVG Lüneburg (U.v. 7.10.52, Az.: II OVG A 453/51) in OVG 6, 388 ff (360, 361): "In dem republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaat dagegen, in dem die kommunale Selbstverwaltung denselben Strukturprinzipien unterliegt (Art. 28 Abs. 1 GG), kann um der Bedeutung und der Würde willen, die den hier in Betracht kommenden Entscheidungen der gewählten kommunalen Vertretungskörperschaften innewohnen, nicht anerkannt werden, daß es sich nur um interne Vorgänge handelt, die keine Wirkung nach außen ausüben.

² De facto liegt diese in der Bekanntgabe des Wahlergebnisses gegenüber dem Gewählten, vgl. BGH (U.v. 26.5.75, Az.: II ZR 34/75) in DB 75, 2032.

der Wahl durch den Gewählten sind das Ergebnis der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts. Wahlakt und Bestellungserklärung einerseits sowie die Annahme der Wahl andererseits beruhen damit letztlich auf der Ausübung subjektiv-öffentlicher Rechte der einzelnen Staatsbürger, denn das aktive und passive Wahlrecht - wie es in Art. 38 Abs. 2 GG exemplarisch zum Ausdruck kommt - gehört zu den wesentlichen Grundlagen der freiheitlich demokratischen Grundordnung unseres Grundgesetzes.¹ Dem einzelnen Staatsbürger ist demzufolge mit dem aktiven und passiven Wahlrecht durch die Verfassung ein höchst persönliches (subjektiv-öffentliches) Recht eingeräumt², wobei das aktive Wahlrecht das Recht des Staatsbürgers zur Teilnahme an der Wahl gewährleistet³, während das passive Wahlrecht verbürgt, daß sich jeder Staatsbürger um ein Mandat bewerben kann. Demnach ist der Wahlakt ein Zusammenspiel der subjektiven Wahlrechte der Wahlberechtigten, zwangsläufig muß dann auch das Organwalterverhältnis Ausfluß subjektiver Rechte sein.

Der entscheidende Gesichtspunkt ist jedoch das passive Wahlrecht. Das passive Wahlrecht berechtigt den Organwalter zur Kandidatur. Das passive Wahlrecht kann aber nicht auf ein bloßes Recht zur Kandidatur beschränkt sein, das passive Wahlrecht würde dann leerlaufen. Es muß deshalb umfassender verstanden werden: das passive Wahlrecht will nicht nur die

¹ BVerfG (B.v. 12.7.60, Az.: 2 BvR 373,442/60) in BVerfGE 11, 350 (360).

² Vgl. Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 38, Rdn. 30,32; v. Münch, Art. 38, Rdn. 55; Wolff, VR I, § 33 VI f, S. 243; ferner zum aktiven Wahlrecht: BVerfG (B.v. 20.7.54, Az.: 1P BvR 1/54) in BVerfGE 4, 27 (30); BVerfG (B.v. 3.7.57, Az.: 2 BvR 9/56) BVerfGE 63 (70); BVerfG (B.v. 12.7.60, Az.: 2 BvR 373, 442/60) BVerfGE 11, 350 (358); speziell auch zum passiven Wahlrecht: BVerfG (B.v. 11.10.72, Az.: 2 BvR 912/71) BVerfGE 41, 399 (412/413).

³ Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 38, Rdn. 29.

Kandidatur ermöglichen, sondern darüberhinaus gewährleisten, daß der Kandidat das Amt im Falle seiner Wahl auch annehmen und ausüben kann.¹ Damit wird klar, daß das Organwalterverhältnis nicht nur durch ein Zusammenspiel subjektiver Rechte entsteht, sondern daß diese subjektiven Rechte durch die Bestellung auf das Organwalterverhältnis transformiert werden. Damit gewährleistet das passive Wahlrecht dem Organwalter im Falle seiner Wahl über das Organwalterverhältnis ein eigenes, subjektiv-öffentliches Recht auf Innehabung und Ausübung der Organwalterstellung.²

(3) Parallelen zu der hier vertretenen Auffassung lassen sich auch im Verfassungsrecht finden.^{3,4} Das Bundesverfassungsgericht hat schon frühzeitig dem einzelnen Bundestagsabgeordneten die Möglichkeit eröffnet, Rechte aus seiner Organstellung als Abgeordneter zu verfolgen⁵ und das Bundesverfassungsgericht

¹ Ausdrücklich Maunz, in Maunz-Dürig-Herzog, Art. 38, Rdn. 29 a.E.; vgl. im übrigen Bethge, DVBl 80, 824 (825), der im Zusammenhang mit Streitigkeiten, die die Person des Organwalters selbst betreffen, von "zumindest mittelbar grundrechtsgeschützter Sphäre" spricht.

² Im Ergebnis ebenso, wenngleich zumeist ohne eigene Begründung Wolff, S. 267 ff; Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 41; Ewald, DVBl 70, 237 (239); Kisker, JuS 75, 704 (708, Fnte 12); wohl auch Fuss, WissR 5, 96 (111); Bleutge, S. 88 (Fnte 12 und Fnte 13); ferner Papier, DÖV 80, 292 (297), wohl auch Bethge, DVBl 80, 824 (825); OVG Lüneburg (U.v. 7.10.52, Az.: II OVG A 453/51) in OVGE 6, 358 (360/361); VGH Kassel (U.v. 12.11.54, Az.: OS I 47/53) in DVBl 55, 331 (322/323).

³ Vgl. Papier, DÖV 80, 292 (297) m.w.N., der auch auf vergleichbare Strukturen im privatrechtlichen Korporationsrecht hinweist.

⁴ Papier, DÖV 80, 292 (297) m.w.N.

⁵ BVerfG (U.v. 7.3.53, Az.: 2 BvE 4/52) in BVerfGE 2, 142 ff (164/165); ferner BVerfG (U.v. 14.7.59, Az.: 2 BvE 2,3/58) in BVerfGE 10,4 (10/11).

anzurufen.

Das Bundesverfassungsgericht spricht dabei ausdrücklich vom "Status" des Abgeordneten und von dessen eigenen Rechten (z.B. Redefreiheit).¹

(4) Das subjektive Recht des Organwalters auf Innehabung und Ausübung der Organwaltung läßt sich inzidenter auch an Hand von Folgewirkungen nachweisen. Als Fernwirkung des subjektiven Rechts des Organwalters zeigen sich z.B. Ansprüche auf Aufwandsentschädigung² oder der Anspruch auf Entlastung nach Beendigung der Amtsführung.³

(5) Bedeutungslos ist es schließlich, ob es sich bei dem Wahlakt um eine Urwahl oder um eine mediatisierte Wahl handelt.⁴ Ebenso gleichgültig ist, ob die Wahl des Organwalters zusätzlich einer Bestätigung bedarf, oder ob der Organwalter durch Berufung in sein Amt gelangt.

Bei der Bestätigung liegt es auf der Hand, daß die Grundlage der Bestätigung der Wahlakt ist. Die Bestätigung ist lediglich ein zusätzliches Moment, das zu einer Differenzierung keinen Anlaß gibt.

Bei dem berufenen Organwalter (z.B. Minister, Asta-Referent) liegt der Sachverhalt ähnlich, der Berufene leitet sein Organwalterrecht aus der Bestellung zugunsten des Berufenden ab. Der Wahlakt und die damit verbundene Amtszuweisung (die Bestellung) ermächtigt den Berufenden nämlich, die Berufung auszusprechen (Kanzler-Minister; Astavorsitzender-Asta-referent).

¹ BVerfG (U.v. 14.7.59, Az.: 2 BvE 2,3/58) in BVerfGE 10,4 (10/11).

² Vgl. z.B. § 25 GONW.

³ Wolff, S. 265; Wolff-Bachof, VR II, § 73 III, S. 38.

⁴ So OVG Lüneburg (U.v. 7.10.52, Az.: II OVG A 453/51) in OVG 6, 358 (360 ff); VGH Kassel (U.v. 12.11.54, Az.: OS I 47/53) in DVBl 55, 331 (332).

c. Rechtsmacht des Organwalters

Als letzte Komponente des subjektiven Rechts wäre noch zu prüfen, ob dem Organwalter auch die Rechtsmacht eingeräumt ist, seine geschützten Interessen gegenüber dem Verpflichteten durchzusetzen.¹ Das Bundesverfassungsgericht² hat festgestellt, daß unter der Herrschaft des Grundgesetzes niemand eine besondere Rechtsmacht nachweisen brauche, wenn und soweit er Träger subjektiver Rechte sei. Art. 19 Abs. 4 Satz 1 und 2 eröffne jedermann den Rechtsweg wegen der behaupteten Verletzung eines Rechts, und zwar selbst dann, wenn eine Klagemöglichkeit nicht gegeben sei.²

Kraft der Zuweisung des oben festgestellten subjektiven Rechts hat der Organwalter also zumindest aus Art. 19 Abs. 4 GG die Rechtsmacht, die Inhaberschaft des Amtes zu verteidigen. Wer sollte auch die Rechtsmacht besitzen, die subjektiven Berechtigungen des Organwalters durchzusetzen? Die juristische Person? Dies mag dann sinnvoll sein, wenn sich außenstehende Dritte als Organwalter usurpieren. Häufiger wird es aber vermutlich geschehen, daß gerade die juristische Person (bzw. deren Organe) den Organwalter nicht anerkennen will.

Zwischenergebnis: Es besteht eine besondere enge Sonderverbindung (das Organwalterverhältnis). Die Grundlage des Organwalterverhältnisses ist die Bestellung. Die Bestellung vermittelt dem Organwalter ein subjektives Recht auf "Innehabung der Amtsstellung" ("Recht zum Amt") und auf "Ausübung des Amtes" ("Recht auf das Amt"), das diesem auch die Rechtsmacht verleiht, das Amt zu verteidigen.³

¹ Erichsen-Martens, S. 131.

² BVerfG (B.v. 26.5.70, Az.: 2 BvR 664/65) in BVerfGE 27, 297 (308).

³ Im Ergebnis wie Wolff, vgl. S. 73/74 dieser Arbeit, Fußnoten 4,5 auf S. 74.

d. Die Pflichten des Organwalters gegenüber der juristischen Person

Wenn soeben die Rechte des Organwalters aus dem Organwalterverhältnis erörtert wurden, drängt sich jetzt die Frage nach den Pflichten des Organwalters auf. Zwei verschiedene Hauptpflichten sind denkbar: Es könnte eine Pflicht des Organwalters auf Übernahme des Amtes bestehen und es könnte eine Pflicht bestehen, das Amt auszuüben.¹

aa. Die Pflicht zur Übernahme des Amtes

Die Pflicht zur Übernahme des Amtes kann allenfalls aus dem Grundverhältnis folgen, bei Beamten und Angestellten ist dies regelmäßig der Fall.² Denkbar wäre z.B. auch eine besondere gesetzliche Anordnung, die zur Übernahme des Amtes verpflichten könnte.³

Für den ehrenamtlichen Organwalter besteht eine solche Pflicht nicht. Aus dem Wahlakt läßt sie sich nicht ableiten. Der Wahlakt setzt zwar regelmäßig eine Kandidatur voraus, die Kandidatur zwingt jedoch nicht zur Annahme der Wahl⁴, die Ausübung des passiven Wahlrechts (bei der Kandidatur) beläßt dem Kandidaten das Recht, die Wahlentscheidung für seine Person als hinreichende Vertrauensbasis anzusehen oder nicht.

bb. Die Pflicht zum Amt

Die Pflicht zum Amt ist das Korrelat des subjektiven Rechts des Organwalters. "Diesen Rechten und Pflich-

¹ Wolff, S. 269.

² Wolff, S. 269.

³ Vgl. beispielsweise §§ 20, 21 NW; ferner Krause im Gemeinsch. kom. zum SGB, § 40 SGB IV, Rdn. 12, 13; vgl. im übrigen Bay VGH (U.v. 25.7.79, Az.: Nr. 6 v 77) in DVBl 80, 63 (64).

⁴ Krause im Gemeinsch.kom. zum SGB, § 40 IV führt in Rdn. 13 aus, daß es die in § 42 SGB IV verankerte Schadensersatzpflicht quasi erfordere, die Möglichkeit zu haben, ein Ehrenamt abzulehnen; unter Rdn. 14 äußert er sich zur Annahmepflicht nach einer Kandidatur.

ten des Organwalters entsprechen die Verpflichtungen und Berechtigungen der Juristischen Person diesem gegenüber, d.h. die Verpflichtung, das organschaftliche Handeln des Organwalters zu dulden, und gegen sich gelten zu lassen, sowie der Anspruch auf die Erfüllung der organwalterlichen Pflichten."¹

Während das subjektive Recht durch die Bestellung entsteht und hierin seinen Rechtsgrund findet, leitet sich die Pflicht zum Amt (zur Ausübung des Amtes) aus der Annahme der Bestellung (der Wahl) ab.^{2,3} Subsidiär kann die Pflicht zum Amt unter Umständen auch schlicht und einfach aus der tatsächlichen Wahrnehmung der Kompetenzen abgeleitet werden.²

"Die Pflicht zum Amt besteht fort, solange das Amt, wenn auch nicht mehr berechtigterweise, ausgeübt wird."⁴ Weil die "Pflicht zum Amt" nur Korrelat des entsprechenden subjektiven Rechts des Organwalters ist, folgt hieraus, daß die Pflicht nur auf Innehabung der eingeräumten Amtsstellung, auf Amtsausübung, abzielt.⁵ Diese "Pflicht zum Amt" verlangt vom Organwalter darüber hinaus die Duldung der Fremdwirkung seines Tätigwerdens.⁶ Ähnlich wie der Vertreter bürgerlichen Rechts weiß er, daß seine Rechtshandlungen nur für und gegen den Geschäftsherrn - die juristische Person - wirken.

¹ Wolff, S. 271/272; vgl. für den Verein Soergel-Schultze v. Lasaulx, § 27, Rdn. 4.

² Wolff, S. 269; Wolff-Bachof, VR II, § 73 III c, S. 38.

³ Vgl. hierzu z.B. § 35 KWG NW, wonach die Annahme des Mandatsträgers vorgeschrieben ist.

⁴ Wolff, S. 269; vgl. z.B. den Fall der kommissarischen Tätigkeit.

⁵ Wolff, S. 270.

⁶ Vgl. dazu ferner Palandt-Thomas, § 662, Anm. 8, sowie die §§ 664-668 BGB; im übrigen, s. Wolff, S. 270.

Andererseits ist er nach außen wie nach innen ermächtigt, alle kompetenzmäßigen Akte zu setzen, er muß aber auch - wie der zivilrechtliche Geschäftsbesorger - sich vom Zweck der Zuständigkeiten leiten lassen, die dem Amt zugewiesen sind. Die Bestellung als Ermächtigung der juristischen Person, die subjektive Ausübungsbefugnis des Organwalters, verpflichtet diesen deshalb auch die Ermächtigung pfleglich auszuüben, d.h. zu einer besonderen Treuepflicht gegenüber der juristischen Person.¹ Wolff² spricht deshalb auch ausdrücklich "von der Pflicht zum Amt und deren Nebenpflichten".

cc. Die Nebenpflichten

Eine detaillierte Charakterisierung der "Pflicht zum Amt und deren Nebenpflichten" muß angesichts der mannigfaltigen Erscheinungsformen der Organwaltung unterbleiben. Vielfach ergeben sich aus den verschiedenen Rechtskreisen und den ihnen unterliegenden Gesetzen und Rechtsnormen besondere Pflichten, die nicht einzeln aufgezählt werden können.³ Die "Pflicht zum Amt" und deren Nebenpflichten lassen sich allgemein verbindlich wie folgt konkretisieren:

(1) Der Grundsatz von Treu und Glauben beherrscht auch das öffentliche Recht⁴ und ist gerade auf Sonderverbindungen⁵ anwendbar. Bezeichnet man die "Pflicht

¹ Wolff, S. 271.

² Wolff, S. 269.

³ Vgl. z.B. §§ 22, 23, 24, 30 I GONW.

⁴ Palandt-Heinrichs, § 242, Anm. 3b.

⁵ RG (U.v. 24.3.39, Az.: III 118/38) in RGZ 160, 357.

zum Amt" als Hauptpflicht, so folgt hieraus für den Organwalter die Nebenpflicht, die Hauptpflicht nicht zu gefährden oder zu beeinträchtigen, sondern alles zu tun, um ihr zu dienen, dem öffentlichen Wohl (als dem Wohl der Körperschaft) zu genügen und diese zu sichern und zu fördern (sog. Leistungstreuepflicht).¹

Der Organwalter muß sich so verhalten, daß Eigentum, Vermögen und sonstige schutzwürdige Interessen der juristischen Person nicht verletzt werden² (sog. Schutzpflicht).

Den Organwalter treffen ferner Aufklärungs-, Hinweis-, Anzeige-, Offenbarungs- und Verschwiegenheitspflichten.³ Er ist verpflichtet, auch von seinen privaten Wissen und Kenntnissen zu Gunsten der Körperschaft Gebrauch zu machen.

(2) Ferner trifft den Organwalter der Körperschaft des öffentlichen Rechts die allgemeine Verpflichtung zum rechtmäßigen Handeln. Die Bindung der Organwalter an "Recht und Gesetz" ist vielfach spezialgesetzlich festgelegt⁴, folgt aber schon aus Art. 20 III GG. Die vollziehende Gewalt - und hierzu sind Organwalter außerhalb der Legislative des Landes und des Bundes regelmäßig zu rechnen - ist hiernach an Recht und Gesetz gebunden. Aus der Übernahme der Organwaltung, der "Pflicht zum Amt" folgt zwangsläufig die Pflicht gesetzmäßig zu wirken. Diese Pflicht geht dabei wegen der bestehenden Sonderverbindung im Bereich der Organ-

¹ Palandt-Heinrichs, § 242, Anm. 4b, aa; Roth, in Münchener Kommentar, § 242, Rdn. 120 ff, 148 ff. So z.B. das teilweise gesetzlich normierte Vertretungsverbot, vgl. z.B. § 24 I 2 GONW; vgl. auch Krause-v. Maydell, § 42 SGB IV, Anm. 17.

² Krause-v. Maydell, § 42 SGB IV, Anm. 17; Jahn, SGB, § 42 SGB IV, Anm. 12; vgl. z.B. Befangenheit, Amtsverschwiegenheit. Allg. dazu Roth, in Münchener Kommentar, § 242, Rdn. 180 ff; Palandt-Heinrichs, § 242, Anm. 45 cc.

³ Palandt-Heinrichs, § 242, Anm. 4 b dd; Roth, in Münchener Kommentar, § 242, Rdn. 202 ff.

⁴ z.B. § 30 I 1 GONW.

waltung über die allgemeine Rechtspflicht jedes Staatsbürgers hinaus, sich gesetzeskonform zu verhalten.¹

Ergebnis:

Das Organwalterverhältnis ist als verwaltungsrechtliches Schuldverhältnis zwischen dem Organwalter und Körperschaft anzusehen. Der Organwalter ist aus dieser Sonderverbindung zugleich berechtigt und verpflichtet.

§ 8 Die Voraussetzungen eines Anspruchs der Selbstverwaltungskörperschaften gegenüber dem Organwalter aus positiver Forderungsverletzung:

I. BEGINN UND ENDE DER HAFTUNG:

Die erste Voraussetzung eines Anspruchs aus positiver Forderungsverletzung ist ein bestehendes Schuldverhältnis. Die Haftung des Organwalters beginnt deshalb mit der Entstehung des Organwalterverhältnisses, in der Regel also mit der Annahme des Amtes anlässlich der Bestellung (z.B. Wahl).²

Auch wenn der Bestellungsakt anfechtbar oder nichtig ist, besteht das gesetzliche Schuldverhältnis fort, jedenfalls soweit und solange das Amt tatsächlich

¹ Türk, S. 82; Egger, S. 69; Feldhaus, S. 49/50 und S. 137; so im übrigen auch für die Organwalter der Sozialversicherungsträger BSG (U.v. 26.10.78, Az.: 8/3 RK 65/77) in BSGE 47, 127 (131).

² Vgl. s.o. § 7 II 2, S. 49 f und § 7 V 2, 69f; ferner RG (U.v. 29.5.34, II 9/34) in RGZ 144,348 (356) bezüglich der Haftung von Vorstandsmitgliedern eines Vereins vgl. Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 747.

ausgeübt wird. Der Grund ist in der (faktischen) Geschäftsbesorgung des Organwalters für die juristische Person zu suchen. Mit der Ausübung der Organverwaltung werden dem Organwalter auch die Amtspflichten auferlegt.¹

Im übrigen besteht die Haftung des Organwalters auch dann fort, wenn er das Amt - etwa nach Ablauf der Wahlperiode - nur noch kommissarisch ausübt. Dies beruht darauf, daß das Ende der Haftung nicht mit dem rechtlichen Ende der Bestellung zusammenfällt, sondern die Haftung erst dann endet, wenn die Funktionen des Amtes vom Organwalter nicht mehr ausgeübt werden.²

II. SUBSIDIARITÄT DER pFV

Bevor im Schadensfall in eine nähere Prüfung eines Anspruchs aus pFV des Organwalterverhältnisses eingetreten wird, muß überlegt werden, in welchem Verhältnis die pFV zu anderen Haftungsnormen steht. Die bestehenden gesetzlichen Haftungsnormen könnten die pFV in dem jeweilig geregelten Bereich ausschließen.

Im Zivilrecht besteht Einigkeit darüber, daß das Rechtsinstitut der pFV gegenüber den gesetzlich geregelten Fällen nur subsidiär zur Anwendung kommt.³

¹ Wolff, S. 269, schreibt, das Organwalterverhältnis könne auch durch die tatsächliche Wahrnehmung der Kompetenzen entstehen: "Die Pflicht zum Amt besteht fort, solange das Amt, wenn auch nicht mehr berechtigterweise, ausgeübt wird. Denn sie folgt aus der Geschäftsbesorgung für die juristische Person." Vgl. ferner Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 747 (Vereinsrecht); RG (U.v. 20.3.36, Az.: II 187/35) in HRR 1936, 1176 (Genossenschaft); im übrigen vgl. auch BGH (U.v. 6.4.64, Az.: II ZR 75/62) in BGHZ 41, 282 ff (Aktiengesellschaft).

² Vgl. Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 747 m.w.N.

³ Vgl. statt aller Blandt-Heinrichs, § 276, Anm. 7; Medicus, § 14, Rdn. 309; zur historischen Entwicklung vgl. Emmerich, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 275 ff, Rdn. 20 ff.

Dies beruht auf der Funktion der pFV außerhalb oder neben den gesetzlichen Spezialnormen, Haftungsgrundlage für alle nicht besonders geregelten Fälle zu sein.¹ Nur dann, wenn ein gesetzlicher Sondertatbestand mit abschließendem Regelungscharakter vorliegt, wird die pFV verdrängt.

Auch im öffentlichen Recht schließt deshalb eine positive, gesetzliche Regelung i.d.R. eine Anwendung des Rechtsinstituts der positiven Forderungsverletzung aus², da auch im öffentlichen Recht die vom Gesetzgeber gewollte Norm Vorrang genießt. Grundsätzlich muß deshalb bei bestehenden Haftungsnormen überprüft werden, ob diese den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt abschließend regeln wollen oder nicht. Besteht eine Regelungslücke, so kann die pFV angewandt werden.^{3,4}

¹ Vgl. statt aller Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 7; Medicus, § 14, Rdn. 309; zur historischen Entwicklung vgl. Emmerich, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 275 ff, Rdn. 20 ff.

² Vgl. z.B. BVerwG (U.v. 20.3.63, Az.: VI C 169.60) in DVBl 63, 677 (678), das ausdrücklich darauf hinweist, daß die allg. Haftungsgrundsätze nur über eine positive, anderweitige, gesetzliche Regelung verdrängt werden können.

³ Vgl. beispielhaft § 30 GONW: § 30 GONW beschränkt die Haftung der kommunalen Organwalter auf die Haftung der Ratsmitglieder bei der Mitwirkung an Ratsbeschlüssen. Die Haftung des Bürgermeisters wird gesetzlich ebensowenig geregelt, wie z.B. allgemeine Verstöße eines Ratsmitglieds gegen seine Verschwiegenheitspflicht, wenn sie nicht im Zusammenhang mit der Mitwirkung an einem Ratsbeschluß stehen (vgl. z.B. Rauball, § 30, Anm. 5; Kottenberg-Rehn, § 30, Anm. III 1; VG Gelsenkirchen (U.v. 1.7.71, Az.: 1 K 333/70) in Kottenberg-Steffens-Heinrichs, Nr. 3 zu § 30 GONW). Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber hat mit § 30 III GONW die öffentlich-rechtliche Haftung der kommunalen Organwalter erkennbar auf die im Gesetz näher geregelten Fälle begrenzt. Für eine Anwendung der pFV neben § 30 III GONW besteht kein Raum mehr (vgl. Feldhaus, S. 174).

⁴ Im übrigen muß die pFV des Organwalterverhältnisses auch dann zurücktreten, wenn ein "Anstellungsverhältnis" besteht, aus dem sich eine Haftung des Organwalters ergibt. Das "Anstellungsverhältnis" ist gegenüber dem Organwalterverhältnis das speziellere, nur auf den Organwalter in Person bezogene Rechtsverhältnis. Durch das Anstellungsverhältnis wird der Organwalter als Privatperson auf besonders enge Weise mit der Körperschaft verbunden. Die aus dem Anstellungsverhältnis resultierenden Besonderheiten, vor allem die speziell auf den Einzelfall bezogenen Rechte und Pflichten des Organwalters müssen sich zwangsläufig auf das Organwalterverhältnis auswirken.

Ergebnis: Die pFV des Organwalterverhältnisses ist im Regelfall subsidiär; sie tritt hinter anderen Haftungsnormen zurück.

III. DIE PFLICHTVERLETZUNG

1. Die Pflichtverletzung

Anknüpfungspunkt der Haftung ist die Pflichtverletzung, nämlich eine Zuwiderhandlung, ein Verstoß des Organwalters gegen die ihm obliegenden Pflichten.¹

Der Organwalter kann sowohl durch positives Tun als auch durch ein Unterlassen seine Pflicht verletzen. Ob und ggfs. wann der Organwalter die ihm obliegenden Pflichten nicht in gehöriger Weise erfüllt hat, ist nicht allgemein bestimmbar, sondern richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls.² Ein Pflichtverstoß kann sich aus der Mitwirkung des Organwalters an Organbeschlüssen - also aus dem Zusammenspiel mehrerer - ergeben, er kann aber auch aus der isolierten Handlung des Organwalters resultieren.³

Anhand von zwei Beispielen soll die Pflichtverletzung negativ abgegrenzt werden:

a. Durch die Doppelrolle des Organwalters in seiner Eigenschaft als Organwalter und als Privatperson ist lediglich Voraussetzung, daß die Handlungen des Organwalters mit der Organwaltung in Zusammenhang stehen. Andere Handlungen scheiden als Pflichtverletzungen aus. Eine Pflichtverletzung kann also begrifflich nur dann vorliegen, wenn sie im Zusammenhang mit der Ausübung bzw. in Ausübung des Amtes erfolgt ist.⁴ Fehlt es an einem solchen inneren Zu-

¹ Vgl. s. oben § 7 v 2 d, S. 83 ff.

² Vgl. Fall 3, Anhang I.

³ Vgl. Fall 4, Anhang I.

⁴ Ein bloßes Handeln "gelegentlich" der Amtsausübung scheidet also aus, vgl. Papier, in Münchener Kommentar, § 839, Rdn. 123, ferner BGH (U.v. 26.11.53, Az.: III ZR 26/52) in BGHZ 11, 181 (185/186).

sammenhang, so wird das bestehende Schuldverhältnis nicht berührt, eine Pflichtverletzung scheidet aus.¹
Das verdeutlicht das folgende Beispiel:

Fall 1:²

Bürgermeister B rammt auf einer Trunkenheitsfahrt im Anschluß an eine Familienfeier den kommuneeigenen Laternenmast.

Bürgermeister B handelt als Privatperson, er haftet mithin allenfalls gem. §§ 823 ff BGB bzw. gem. §§ 7 ff, 18 StVG.³

b. Die Grenze zwischen Pflichterfüllung und Pflichtverletzung ist oft fließend. Im Rahmen der verwaltenden Tätigkeit ergeben sich vor allem dann besondere Probleme, wenn der Organwalter mehrere Entscheidungen treffen könnte, die getroffene Lösung möglicherweise aber nicht optimal war:

Fall 2:

Der Gemeinderat der Gemeinde P beschließt, sich über eine Finanzierungsgesellschaft an einem Parkhausprojekt finanziell zu beteiligen. Später werden Stimmen laut, daß die Gemeinde kostengünstiger auf andere Weise die Parkraumnot hätte beseitigen können.

Im Rahmen ihrer allgemeinen Leistungstreuepflicht haben die Gemeinderatsmitglieder die Pflicht, das Gemeindevermögen pfleglich und wirtschaftlich zu verwalten⁴, dabei darf man aber nicht verkennen, daß die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eine Ermessensentscheidung ist.⁵ Die wirtschaftlichste Lösung ist

¹Vgl. hierzu die ähnliche Problematik im Rahmen von § 839 BGB, siehe Palandt-Thomas, § 839, Anm. 2c, bb und Anm. 2d. Vgl. ferner BGH (U.v. 26.11.53, Az.: III ZR 26/52) in BGHZ 11, 181 (185/186).

²Die einzelnen Beispielsfälle sind im Anhang I noch einmal zusammengestellt.

³Vgl. hierzu weiter unten S. 150 ff.

⁴Vgl. z.B. Türk, S. 85; ferner die einzelnen Nachweise auf S. 83 (§ 7 v 2 d).

⁵Türk, S. 85-87.

nicht unbedingt die politisch vernünftigste Lösung. Zumeist sind mehrere Lösungsmöglichkeiten denkbar. Es ist Aufgabe der Selbstverwaltungsorgane, bei mehreren Alternativen eine (politische) Entscheidung zu treffen. Diese Entscheidung kann wie jede Ermessensentscheidung dann nicht angegriffen werden, wenn sie innerhalb der Grenzen des Ermessens liegt. Nur wenn ein Ermessensfehlgebrauch oder Ermessensmißbrauch vorliegt, kann in diesen Fällen von einer Pflichtverletzung gesprochen werden.¹

2. Kausalität der Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung muß durch eine Handlung (positives Tun) oder durch ein Unterlassen des Organwalters verursacht worden sein (haftungsbegründende Kausalität).^{2,3} Die Feststellung der kausalen Verknüpfung vollzieht sich im öffentlichen Recht nach denselben Grundsätzen wie im Zivilrecht.⁴

a. bei positivem Tun

Ursache ist die Gesamtheit aller Bedingungen, die zum Erfolg geführt haben. Eine Handlung des Organwal-

¹ Türk, S. 85-87.

² Palandt-Heinrichs, Vorb. z. § 249, Anm. 5a; Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. § 249, Rdn. 36 ff; Staudinger-Medicus, § 249, Rdn. 32 ff; allgemein für das Deliktsrecht, siehe auch Weckerle, S. 5 ff, S. 8 ff.

³ Die haftungsbegründende Kausalität ist zu unterscheiden von der haftungsausfüllenden Kausalität, d.h. von der Verursachung des Schadens durch die Pflichtverletzung und der Zurechenbarkeit desselben, exemplarisch vgl. hierzu Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5a, aa.

⁴ Penz, DÖV 61, 97 (100); Fischbach, § 78 VII, S. 643; Wolff-Bachof, VR I, § 36 III, S. 256/257; BGH (U.v. 3.10.78, Az.: VI ZR 253/77) in NJW 79, 712 (713); ferner beispielhaft für die Amtspflichtverletzung OLG Nürnberg (U.v. 7.10.64, Az.: 4 U 112/63) in BB 65, 523.

ters ist demnach für die Pflichtverletzung kausal, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfielen. Alle denkbaren Bedingungen sind dabei gleichwertig ("conditio sine qua non", sog. Äquivalenztheorie)¹. Beispielhaft seien hierzu die nachfolgenden Fälle erörtert.

Fall 3:

Die Universität U will ein Grundstück kaufen. In der Rektoratssitzung wird über das Höchstgebot beraten, das man allenfalls bieten will. Prorektor P informiert den betroffenen Grundstückseigentümer E. E kann jetzt den Preis hochtreiben.

Fall 4:

Der Gemeinderat in X beschließt mit Mehrheit, im Winter nachts und an den Wochenenden in allen Verwaltungsgebäuden die Heizung völlig abzustellen. Ratsherr A hat den Antrag eingebracht und ihm zugestimmt. B hat den Antrag abgelehnt, C enthielt sich der Stimme, D stimmte ungültig.

Die Heizung friert ein.

In Fall 3 hat P seine Verschwiegenheitspflicht verletzt, indem er die Geheimnisse des Grundstückskaufs ausplauderte. An der Kausalität zwischen der Informationserteilung des P und der Pflichtverletzung besteht kein Zweifel.

Schwieriger liegt Fall 4. Unbestritten dürfte sein, daß eine Haftung des Kollegialorgans als solches, oder aber eine prinzipielle Haftung der Gesamtheit aller Mitglieder ausscheidet.² Denn der haftungsrecht-

¹ Erman-Sirp, § 249, Anm. 23; Soergel-Schmidt, §§ 249-253, Rdn.17; Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5a.

² Im vorigen Jhrdt. war diese Frage teilweise umstritten. Vgl. dazu das klärende Urteil des RG (U.v. 23.2.99, Az.: VI 16/99) in Seuff. Arch. Bd. 54, Nr. 224 = JW 1899, 287.

liche Anknüpfungspunkt kann nur das Verhalten des einzelnen Mitglieds sein. In der Person des einzelnen Organwalters muß eine vorwerfbare, zurechenbare Pflichtverletzung entstanden sein, sonst läßt sich ein haftungsrechtlicher Zusammenhang nicht begründen.¹

In Fall 4 ist zunächst zu prüfen, ob eine Pflichtverletzung der vier Ratsherren vorliegt.

Isoliert, losgelöst vom Erfolg betrachtet, kann das Abstimmungsverhalten der einzelnen Mitglieder eines Kollegialorgans niemals pflichtwidrig sein. Die Pflichtwidrigkeit ergibt sich häufig erst aus dem Zusammenspiel mit den weiteren Folgen des Abstimmungsverhaltens.

Alle Ratsherren - d.h. jeder für sich - hatten die Pflicht, das Eigentum der Gemeinde zu schützen.² Ein Pflichtverstoß des einzelnen Ratsherrn liegt objektiv bereits dann vor, wenn als Fernwirkung des Abstimmungsverhaltens des Einzelnen eine Eigentumsverletzung denkbar war und der jeweilige Organwalter nicht alles ihm zu Gebote Stehende getan hat, um der Schutzpflicht zu genügen.

Ratsherr A hat durch seinen Antrag und sein Abstimmungsverhalten die ihm obliegende Schutzpflicht verletzt. C und D haben ebenfalls gegen die Schutzpflicht verstoßen, weil sie nicht positiv etwas gegen den Antrag des A unternommen haben.³ Das Verhalten von A, C und D war also für die jeweilige Pflichtverletzung kausal.⁴

¹ RG (U.v. 17.10.16, Az.: III 127/16) in RGZ 89, 13 (15); RG (U.v. 23.2.99, Az.: VI 16/99) in Seuff. Arch. Bd. 54, Nr. 224, Feldhaus, S. 40/41 m.w.N.

² Vgl. dazu oben S. 85/86.

³ So z.B. auch Feldhaus, S. 126-128; Kottenberg-Rehn, § 30 III 1; Hurst, Die Gemeinde 1962, S. 131; Wagner, § 22, Rdn. 23; Berkenhoff-Dahm, S. 176; Lederer, Bay.Bürg. 1949, S. 7 f; a.A. Haltermann, SKV 56, 207.

⁴ vgl. dazu näher unten S. 105 f.

Lediglich B hat durch seine Nein-Stimme alles ihm mögliche getan, um die Abstimmung zu beeinflussen und um der ihm obliegenden Schutzpflicht zu genügen.^{1,2} Zur weiteren Lösung von Fall 4 wird auf anschließende Ausführungen verwiesen.³

b. bei Unterlassen

Die Pflichtverletzung kann nicht nur durch positives Tun, sondern auch durch ein Unterlassen bewirkt werden; vgl. hierzu:

Fall 5:

(Abwandlung 1 zu Fall 4)

Ratsherr E bleibt im Fall 4 der Sitzung fern.

Unterläßt der Organwalter eine bestimmte Handlung, so wird das Unterlassen kausal, sofern eine Rechtspflicht zum Handeln bestand und die Vornahme der Handlung die Pflichtverletzung verhindert hätte.⁴ Die Kausalität eines Unterlassens steht fest, wenn die unter-

¹ Lediglich in krassen Fällen könnte die Nein-Stimme nicht ausreichend sein, dann nämlich, wenn der Organwalter durch Auszug die Sitzung beschlußunfähig machen könnte; ob allerdings eine derart weitgehende Rechtspflicht besteht, ist zweifelhaft; bejahend Feldhaus, S. 126/127.

² Während A, C und D jeder für sich genommen gegen die ihnen obliegenden Schutzpflichten verstoßen haben, wird später allerdings bei der haftungsausfüllenden Kausalität zu prüfen sein, ob die jeweilige Pflichtverletzung den Schaden allein oder nur durch das Zusammenwirken mehrerer Pflichtverletzungen verursachen konnte, vgl. hierzu unten S. 103 ff.

³ Siehe § 8 VI, S. 103 ff.

⁴ BGH (U.v. 25.9.52, Az.: III ZR 322/51), in BGHZ 7, 198 ff (204); Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5d, dd; ferner Erman-Sirp, § 249, Rdn. 29; Alf in RGRK, Vorb. § 249, Rdn. 27.

bliebene Handlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne daß der Erfolg entfielen.¹ Eine kausale Verknüpfung besteht also nur dann, wenn ein (hinzugedachtes) pflichtgemäßes Handeln die Pflichtverletzung mit Sicherheit ausgeschlossen hätte. Nicht ausreichend für eine Verursachung wäre es, wenn die hinzugedachte Handlung den Erfolg nur vielleicht oder wahrscheinlich ausschließen würde.

Ratsherr E hatte zwei Rechtspflichten: die Teilnahme an der Sitzung² und Abgabe einer Nein-Stimme. E hat beide Rechtspflichten nicht erfüllt. Hätte er an der Sitzung teilgenommen und mit Nein gestimmt, so läge eine Pflichtverletzung nicht vor.³

IV. RECHTSWIDRIGKEIT

Jede Pflichtverletzung indiziert die Rechtswidrigkeit. Die Widerrechtlichkeit muß deshalb im Regelfall nicht gesondert festgestellt werden. Vielmehr muß - soweit der konkrete Einzelfall hierzu Veranlassung gibt - überprüft werden, ob dem Organwalter ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite steht.⁴

¹ Palandt-Heinrichs, Vorb. 7, § 249, Anm. 5d, dd; Erman-Sirp, § 249, Rdn. 29; Alff in RGRK, Vorb. § 249, Rdn. 27.

² Bay VGH (U.v. 25.7.79, Az.: Nr. 6 V 77) in DVBl 80, 63 (64).

³ Zur haftungsausfüllenden Kausalität, vgl. S. 103 ff.

⁴ Dieser Frage kann im einzelnen nicht nachgegangen werden; es wird auf die entsprechende zivilrechtliche Literatur verwiesen, vgl. statt aller Palandt-Thomas, § 823, Anm. 7.

V. VERSCHULDEN

1. Die Verschuldensmaßstäbe

a. Grundsatz

Die Beteiligten eines Schuldverhältnisses haften grundsätzlich nur für Verschulden. Gem. § 276 BGB, der auf die öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisse entsprechend anzuwenden ist, wird für Vorsatz und Fahrlässigkeit gehaftet¹, "sofern nicht ein anderes bestimmt ist" (§ 276 Abs.1S.1 BGB). Dies gilt auch für den Organwaller.²

Haftungsmilderungen, aber auch Haftungsverschärfungen (vgl. z.B. die reine Gefährdungshaftung) müssen deshalb in Abweichung zu § 276 BGB besonders gesetzlich angeordnet sein.³ Der ehrenamtliche Organwaller haftet daher im Regelfall für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Das Verschulden bezieht sich dabei nur auf den haftungsbegründenden Tatbestand (die Pflichtverletzung)⁴, ein Verschulden hinsichtlich des eingetretenen Schadens ist nicht erforderlich.⁵

b. Haftungsbeschränkungen

aa. Begeht der Organwaller eine Amtspflichtverletzung gegenüber einem Dritten, so beschränkt sich der Rückgriff der eintretenden Körperschaft gegenüber dem

¹ BGH (U.v. 9.7.56, Az.: III ZR 320/54), in BGHZ 21, 214 (218); BVerwG (U.v. 24.8.61, Az.: II C 165.59) in BVerwGE 13, 17 (20); BGH (U.v. 28.10.76, Az.: III ZR 155/74) in NJW 77, 197; Ossenbühl, S. 223, Feldhaus, S. 140.

² BGH (U.v. 7.10.63, Az.: VII ZR 93/62) in BB 64, 100; BAG (U.v. 8.12.58, Az.: 2 AZR 524/57) in NJW 59, 1003.

³ BGH (U.v. 7.10.63, Az.: VII ZR 93/62) in BB 64, 100.

⁴ Türk, S. 113; Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 750 a.E. (Vereinsrecht) m.w.N.; Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 2.

⁵ Anders z.B. bei § 826 BGB, vgl. z.B. Mertens, in Münchener Kommentar, § 826, Rdn. 51 ff; bei § 826 BGB muß der Schaden vorsätzlich zugefügt werden.

Organwalter gem. Art. 34 S. 2 GG auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.¹

bb. Obwohl weitere gesetzliche Haftungsbeschränkungen nicht ersichtlich sind, könnte daran¹ gedacht werden, die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts² zur Haftungsbeschränkung im Rahmen der "gefährgeneigten Arbeit" auf die ehrenamtlichen Organwalter zu übertragen.

Von einer gefährgeneigten Tätigkeit wird dann gesprochen, wenn es die Eigenart der vom Arbeitnehmer zu leistenden Arbeit mit großer Wahrscheinlichkeit mit sich bringt, daß auch dem sorgfältigen Arbeitnehmer gelegentliche Fehler unterlaufen, wobei diese zwar für sich betrachtet fahrlässig, also vermeidbar waren, mit denen aber angesichts der menschlichen Unzulänglichkeiten und der besonderen Verhältnisse erfahrungsgemäß zu rechnen ist.²

Diese Grundsätze lassen sich aber auf den Bereich der Organverwaltung nicht übertragen. Die Tätigkeit des Organwalters ist keine gefährgeneigte Tätigkeit, deren Eigenart es mit sich bringt, daß auch dem sorgfältigen Organwalter gelegentliche Fehler unterlaufen. Neben diesem besonderen Gefahrenmoment fehlt es auch an einer Vergleichbarkeit der beiden Personengruppen. Der lohnabhängige Arbeitnehmer muß aus dem Arbeitslohn, den er erhält, den Unterhalt für sich und seine Familie bestreiten. In diesen Fällen mag es gerecht sein, das besondere Risiko des Arbeitnehmers ganz oder teilweise auf den Arbeitgeber abzuwälzen. Der Organwalter dagegen hat aus staatsbürgerlicher Verantwortung heraus eine Aufgabe übernommen. Wer sich zur Übernahme eines Ehrenamtes

¹ Siehe hierzu oben, S.10 f., § 3 I 2.

² BAG (U.v. 8.12.58, Az.: 2 AZR 524/57) in NJW 59, 1003; vgl. ferner Soergel-Kraft, § 611, Rdn. 64 ff.

bereit erklärt, muß auch die besondere Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit tragen.¹

cc. Als letzter Gesichtspunkt bleibt zu erwägen, daß der Organwalter seine Tätigkeit - von Aufwandsentschädigungen abgesehen - "unentgeltlich" ausübt; möglicherweise hat dies auf die Festlegung des Haftungsmaßstabs Einfluß.

Einen allgemeinen Grundsatz, daß den Schuldner eines "unentgeltlichen" Vertragsverhältnisses geringere Sorgfaltspflichten als sonst üblich treffen, gibt es nicht.² So reicht bei der "unentgeltlichen" Geschäftsbesorgung (§§ 662 ff BGB) die bloße "Unentgeltlichkeit" der Tätigkeit als Rechtfertigung für eine Haftungsbeschränkung nicht aus², lediglich dann, wenn weitere außergewöhnliche Umstände hinzutreten, mag sich hieraus im Einzelfall eine Haftungsmilderung rechtfertigen lassen.³ Derartige außergewöhnliche Umstände sind aber nicht ersichtlich. Im Gegenteil, der Organwalter hat sich mit der Übernahme seines Ehrenamtes bereit erklärt, gegenüber der Allgemeinheit eine besondere Verantwortung zu tragen.⁴

Eine Haftungsbeschränkung läßt sich deshalb auch unter dem Gesichtspunkt der "Unentgeltlichkeit" nicht rechtfertigen.

¹ Zum Haftungsmaßstab der Organwalter vgl. BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKg 3/74) in BSGE 39, 54 (62). Die Grundsätze der gefahrgeneigten Arbeit werden im übrigen nur sehr bedingt auf andere Rechtsverhältnisse übertragen, vgl. Palandt-Putzo, § 611, Anm. 14b m.w.N.; BVerwG (U.v. 23.10.69, Az.: II C 80.65) in BVerwGE 34, 130.

² BGH (U.v. 28.10.76, Az.: III ZR 155/74) in BB 64, 100; BGH (U.v. 30.4.1959, Az.: II ZR 126/57) in BGHZ 30, 40 (46);

³ Soergel-Mühl, § 662, Rdn. 15 ff; Palandt-Thomas, § 662, Anm. 5c.

⁴ Soergel-Mühl, § 662, Rdn. 15 ff; Palandt-Thomas, § 662, Anm. 5c.

⁵ BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKg 3/74) in BSGE 39, 54 (62).

2. Begriffsdefinitionen

Nachdem klargestellt ist, daß der Organwalter für jedes Verschulden einzustehen hat, sollen die verschiedenen Schuldformen nachstehend kurz erläutert werden.

a. Vorsatz:

Vorsatz ist das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges. Es ist ausreichend, wenn der Organwalter den rechtswidrigen Erfolg (die Pflichtverletzung) vorausgesehen und billigend in Kauf genommen hat. Nicht erforderlich ist, daß der Erfolg gewünscht oder beabsichtigt war.¹

Jeder Irrtum über tatsächliche Umstände, aber auch der Rechtsirrtum schließt den Vorsatz aus.² Häufig wird in diesen Fällen jedoch eine Haftung wegen Fahrlässigkeit in Betracht kommen.³

b. Fahrlässigkeit:

"Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt."⁴ Der Fahrlässigkeitsbegriff knüpft dabei an einen objektiven Maßstab an. Dieser abstrakte Sorgfaltsmaßstab ist verletzt, wenn ein normaler, ordentlicher, gewissenhafter Organwalter das schädigende Ereignis - die Pflichtverletzung - vorhersehen und vermeiden konnte. Auf das individuelle Leistungsvermögen des Einzelnen kommt es also nicht an. Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt richtet sich vielmehr (auch) nach dem Amt, das der Organwal-

¹ Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 3a; Türk, S. 112; Erman-Sirp, § 276, Rdn. 9; Soergel-Schmidt, § 276, Rdn. 2 ff.

² Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 3b; Erman-Sirp, § 276; Soergel-Schmidt, § 276, Rdn. 10 ff.

³ Siehe unten b.

⁴ § 276 I, S. 2 BGB.

ter verwaltet.¹ Grundsätzlich muß jeder Organwalter die Kenntnisse und Fähigkeiten aufweisen, die die Übertragene Amtsstellung erfordert.² Wer sich den Aufgaben nicht gewachsen fühlt, darf das Amt nicht annehmen oder muß zurücktreten.³ Das Bundessozialgericht hat deshalb zu Recht ausgeführt:

"Dabei können sich die ehrenamtlich tätigen Organmitglieder nicht schon mit dem Hinweis entlasten, daß sie mit der Materie nicht genügend vertraut seien, denn es muß von ihnen, wenn sie sich zur Übernahme eines solchen Ehrenamtes bereit erklären, erwartet werden, daß sie sich über die einschlägigen Vorschriften und deren Auslegung, die Verwaltungspraxis und die wirtschaftlichen Folgen ihrer Maßnahmen ausreichend informieren."⁴

Da - wie ausgeführt - jede (leichte) Fahrlässigkeit ausreicht, um eine Haftung zu begründen, dürfte ein eventueller Irrtum, insbesondere ein Rechtsirrtum, dem Organwalter regelmäßig zuzurechnen sein. Der Organwalter muß beispielsweise im Falle des vorsatzausschließenden Rechtsirrtums sorgfältige Erkundigungen eingezogen und die Sachlage genau geprüft haben, um sich exkulpieren zu können.⁵ Schuldhaft handelt z.B., wer sich blind auf eine von zwei entgegengesetzten Rechtsauskünften im Vertrauen auf deren Richtigkeit verläßt.⁶

¹ Vgl. z.allg. Fahrlässigkeitsmaßstab i.S.v. § 276 I, S. 2 BGB: Hanau, in Münchener Kommentar, § 276, Rdn. 80-83; Soergel-Schmidt, § 276, Rdn. 23; Alff in RGRK, § 276, Rdn. 15-22; Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 2,4; zum Organwalter: Türk, S. 114; Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 750.

² Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 750, RG (U.v. 28.2.40, Az.: II 115/39) in RGZ 163, 200/208; RG (U.v. 23.10.40 Az.: II 24/40) in HRR 1941, 132; RG (U.v. 29.5.34; Az.: III 9/34) in RGZ 144, 348/355.

³ Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 750.

⁴ BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKG 3/74) in BSGE 39, 54 (62); zustimmend auch: Krause in Gemeinschaftskom. zum SGB, § 42, SGB IV, Rdn. 18; ferner Jahn, SGB IV, § 42, Rdn. 7; Türk, S. 115.

⁵ Vgl. allg. zum Rechtsirrtum Palandt-Heinrichs, § 285, Anm. 2; Hanau, in Münchener Kommentar, § 276, Rdn. 123 ff; ferner BGH (U.v. 17.12.69, Az.: VIII ZR 10/68) in NJW 70, 463 f.

⁶ BGH (U.v. 31.10.67, Az.: VI ZR 31/66) in VersR 68, 148; Hanau, in Münchener Kommentar, § 276, Rdn. 123 f.

Der Organwalter mag als entschuldigt angesehen werden, wenn ein Instanzgericht seine Rechtsauffassung objektiv gebilligt hat.¹

c. Grobe Fahrlässigkeit:

Auch der Begriff der "groben Fahrlässigkeit" ist kaum einer präzisen, subsumtionsfähigen Definition zugänglich. Allgemein formuliert, liegt grobe Fahrlässigkeit dann vor, wenn der Organwalter die Sorgfalt, die den Umständen nach geboten war, in außergewöhnlich starkem Maße außer acht gelassen hat.² Wie bei der leichten Fahrlässigkeit ist dabei von einem abstrakten, objektiven Maßstab auszugehen. Es ist allerdings eine subjektive Komponente miteinzubeziehen. Diese liegt in der Individualität des Handelnden und äußert sich in einem Bewußtsein des Organwalters für die Gefährlichkeit seines Tuns.³ Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das einschlägige zivilrechtliche Schrifttum verwiesen.³

VI. DER SCHADEN

Letzte Voraussetzung für einen Anspruch der Körperschaft aus positiver Forderungsverletzung ist ein Schaden, der durch die Pflichtverletzung zurechenbar verursacht worden sein muß.

¹ BGH (U.v. 5.11.62, Az.: III 2R 91/61 in WM 63, 60(63).

² Soergel-Schmidt, § 277, Rdn. 4; Palandt-Heinrichs, § 277, Rdn. 2; Hanau, in Münchener Kommentar, § 277, Rdn. 2 ff.

³ Hanau, in Münchener Kommentar, § 277, Rdn. 6,8 f: Grobe Fahrlässigkeit wird demnach immer anzunehmen sein, wenn sich die Organwalter über berechnigte Bedenken Dritter hinweggesetzt haben. Vgl. Erman-Sirp, § 276, Rdn. 16,17; Alff in RGRK, § 276, Rdn. 16,17. Vgl. allgemein Palandt-Heinrichs, § 277, Anm. 2; für den Bereich der Organwaltung, Türk, S. 117; vgl. im übrigen auch die Empfehlung des Wissenschaftsausschusses des LT in NRW, in LT Drcks. 8/3142 zu § 47 f WissHG.

1. Der Schadensbegriff

Auch bei der Definition und Feststellung des Schadens kann auf die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze zurückgegriffen werden.¹

Als Schaden ist demnach der Nachteil zu verstehen, den die öffentlich-rechtliche Körperschaft durch ein bestimmtes Ereignis (die Pflichtverletzung) an ihrem Vermögen oder an ihren sonstigen rechtlich geschützten Gütern erleidet. Der Nachteil liegt dabei in der Differenz zwischen der tatsächlichen, durch die Pflichtverletzung geschaffenen Güterlage und der unter Ausschaltung dieses Ereignisses gedachten Güterlage.² Die Feststellung eines Vermögensschadens dürfte in der Praxis unproblematisch sein.

2. Kausalität und Zurechenbarkeit des Schadens

Schwieriger als die Feststellung des Schadens ist die Frage, ob die Pflichtverletzung als haftungsbegründender Tatbestand auch den Schaden in zurechenbarer Weise verursacht hat.

a. Kausalität des Schadens

Der Schaden muß entsprechend den Grundsätzen der "conditio sine qua non"-Formel³ durch die Pflichtverletzung kausal verursacht werden.

Wurde der Schaden nur durch eine einzelne Pflichtverletzung verursacht (vgl. z.B. Fall 3)⁴, so können die entsprechenden Feststellungen meist problemlos getroffen werden.

¹ BVerwG (U.v. 12.10.78, Az.: 2 C 6.78) in DÖV 79, 336 ff; BGH (U.v. 3.10.78, Az.: VI ZR 253/77) in NJW 79, 712 (713); BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKG 3/74) in BSGE 39, 54 (57); Feldhaus, S. 141/142.

² So der zivilrechtliche Schadensbegriff, die sog. Differenzhypothese, vgl. dazu Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 2; ferner Erman-Sirp, § 249, Rdn. 5; Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. § 249, Rdn. 6, 7; BGH (U.v. 30.9.63, Az.: III ZR 137/62) in BGHZ 40, 347.

³ Soergel-Schmidt, §§ 249-253, Rdn. 17; Erman-Sirp, § 249, Anm. 23; Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5a; vgl. ferner oben S. 92 ff.

⁴ Siehe Anhang I.

Wird der Schaden jedoch von mehreren Organwaltern gleichzeitig verursacht, so ist die Feststellung des Kausalzusammenhanges zwischen Pflichtverletzung und Schaden oft schwierig. Die verschiedenen denkbaren Fallgruppen¹ können hier nicht im einzelnen dargestellt werden; es sollen lediglich die beiden häufigsten Erscheinungsformen im Bereich der Organverwaltung herausgegriffen werden. Es handelt sich dabei entweder um Kollegialentscheidungen (s. oben Fall 4, Heizungsfall)² oder um Fälle, in denen zwei oder mehrere Pflichtverletzungen vorlagen, wo aber jede Pflichtverletzung ausreichend war, um den Schaden allein zu verursachen (vgl. dazu unten Fall 6, Suspendierungsfall).²

Eine gesetzliche Regelung bezüglich des Kausalzusammenhanges gibt es im Bereich der Schuldverhältnisse nicht³, so daß die beiden zitierten Fälle nach den allgemeinen Grundsätzen der Äquivalenztheorie zu lösen sind. Unzweifelhaft findet diese auch dann Anwendung, wenn mehrere Pflichtverletzungen als Schadensursachen in Betracht kommen.⁴

aa. In Fall 4 (Heizungsfall)⁵ könnten an der Kausalität der Pflichtverletzungen von A, C und D bezüglich

¹ Man unterscheidet u.a. die Fälle der Gesamtkausalität, die konkurrierende oder Doppelkausalität, Teilkausalität, minimale Kausalität usw. Zu den einzelnen Fallgruppen, vgl. Weckerle, S. 90 ff. Es ist noch darauf hinzuweisen, daß die verwendeten Begriffe stark differieren.

² Vgl. Anhang I.

³ In Erwägung zu ziehen wäre allenfalls § 830 BGB; § 830 BGB setzt jedoch tatbestandsmäßig eine unerlaubte Handlung voraus (Palandt-Thomas, § 830, Anm. 3f); über den Kreis der unerlaubten Handlungen hinaus ist eine analoge Anwendung von § 830 BGB auf Schuldverhältnisse nicht möglich, vgl. hierzu BGH (U.v. 15.12.70, Az.: VI ZR 121/69) in BGHZ 55, 96 (99).

⁴ Vgl. allg. Weckerle, S. 90 ff; ferner Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5e,cc; BGH (U.v. 19.5.70, Az.: VI ZR 8/69) in VersR 70, 814.

⁵ Anhang I.

Schadens Zweifel entstehen, weil jede einzelne Pflichtverletzung für sich genommen, den Schaden nicht verursachen konnte.

Bei Fall 4 könnte es sich um den Fall der "Gesamtkausalität" handeln. Gesamtkausalität liegt vor, wenn bei einer Mehrheit von ineinandergreifenden Ursachen jede Ursache für sich genommen zur Erfolgs-herbeiführung nicht ausgereicht hätte, wenn also die Gesamtheit der Ursachen den Erfolg herbeiführt.¹

Da nach der Äquivalenztheorie alle Bedingungen gleichwertig sind, sind auch alle Bedingungen ursächlich (kausal) für den Erfolg, so daß jeder Verursacher für den ganzen Schaden eintreten muß.²

In Fall 4 können sich deshalb die einzelnen Ratsmitglieder, die dem Beschluß zugestimmt haben, nicht darauf berufen, daß die einzelne Stimmabgabe für sich genommen den Ratsbeschluß und damit den Schaden noch nicht verwirklicht habe.³

Bei den Ratsmitgliedern C und D im Fall 4 und bei Ratsherr E im Fall 5 (Unterlassen!) ist dagegen besonders zu prüfen, ob das gedachte rechtmäßige Alternativverhalten (Ablehnung des Antrags) den Erfolgseintritt verhindert hätte.⁴

¹ RG (U.v. 28.2.08, Az.: VII 214/07) in RGZ 69, 57 (58,59); RG (U.v. 10.3.10, Az.: VI 211/09) in RGZ 73, 289 (290); BGH (U.v. 19.5.70, Az.: VI ZR 8/69) in VersR 70, 814; BGH (U.v. 16.6.59, Az.: VI ZR 95/58) in BGHZ 30, 203 ff (205, 206); BGH (U.v. 10.12.63, Az.: VI ZR 10,19/63) in VersR 64, 243,244.

² Vgl. Palandt-Heinrichs, Vorb. z. § 249, Anm. 5e, cc; vgl. ferner die zusammenfassende Darstellung der h.M. bei Weckerle, S. 93 f. Weckerle stimmt im Ergebnis mit der h.Meinung überein, er meint jedoch, das Ergebnis nicht aus der Äquivalenztheorie ableiten zu können, sondern aus der gesetzlichen Wertung des § 840 BGB, vgl. dazu im einzelnen, Weckerle, S. 96. Weckerle gebraucht statt "Gesamtkausalität" den Ausdruck "notwendig koinzidierende Kausalität".

³ Feldhaus, S. 144.

⁴ Das RG verneint z.B. eine Zurechenbarkeit der Tätigkeit der beratenden Mitglieder, RG (U.v. 31.3.92, Az.: VI 3/92) in RGZ 29, 249.

Kausalität dürfte in diesen Fällen regelmäßig nur bei einem knappen Abstimmungsergebnis vorliegen.

bb. Eine weitere Fallgestaltung veranschaulicht

Fall 6:

Der Gemeinderat in P. beschließt in rechtswidriger Weise, einen Gemeindebeamten vom Dienst zu suspendieren und diesen auf halbes Gehalt zu setzen. In Kenntnis aller Umstände unterlassen es der auf der Sitzung anwesende Bürgermeister und der Gemeindedirektor, von ihren Beanstandungsrechten¹ Gebrauch zu machen. Der Beamte erwirkt eine einstweilige Anordnung, deren Kosten der Gemeinde aufgelegt werden.²

In diesem Fall spricht man von konkurrierender oder Doppelkausalität. Sie liegt vor, wenn von mehreren Bedingungen diese zwar alternativ, aber nicht kumulativ hinweggedacht werden können, ohne daß der Erfolg entfielen. In diesen Fällen ist jede Bedingung ursächlich.³

Auch im Fall 6 sind deshalb alle gesetzten Ursachen kausal: das Verhalten der einzelnen Mitglieder des Gemeinderates, das pflichtwidrige Unterlassen des

¹ Z.B. § 39 Abs. 1 GONW; vgl. allgemein v. Mutius, Jus 79, 181.

² Fall nach OLG Bamberg (U.v. 2.1.57, Az.: 1 U 107/56) in Bay. Bürg. 1957, 137 f.

³ BAG (U.v. 14.8.69, Az.: 2 AzR 537/68) in DB 69, 1992; Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5e, cc, der allerdings den Begriff alternative Kausalität gebraucht; ferner die Darstellung der h.M. bei Weckerle, S. 99 f. Weckerle meint (S. 104) die h.M. manipulierte die Bedingungstheorie, er geht im Ergebnis jedoch mit ihr konform, rechtfertigt das Ergebnis aber aus dem Gerechtigkeitsgedanken heraus (S. 104) und will die genannten Fälle über § 830 Abs. 1 S. 2 BGB abwickeln.

Bürgermeisters und des Gemeindedirektors.^{1,2}

b. Die Zurechenbarkeit des Schadens

Die rechtswidrige und schuldhafte Pflichtverletzung ist die rechtliche Grundlage, um dem Organwalter den verursachten Schaden zuzurechnen. Da durch eine Pflichtverletzung aber nicht nur unmittelbare, sondern auch mittelbare Schäden verursacht werden können, erscheint es erforderlich, den sehr weiten Zurechnungszusammenhang, wie ihn die Anwendung der "conditio-sine-qua-non"-Formel bedingt, stärker einzugrenzen.

aa. Adaequanztheorie

Die Gleichwertigkeit aller Bedingungen i.S. der Äquivalenztheorie führt insbesondere bei der reinen Gefährdungs- bzw. Verursachungshaftung zu unbilligen Ergebnissen, weil jede - sei es auch die geringste - Ursache berücksichtigt werden muß. Die Äquivalenztheorie hat deshalb schon frühzeitig durch die Adaequanz-

¹ Vgl. OLG Bamberg (U.v. 2.1.57, Az.: 14 107/56) in Bay. Bürg. 57, 137 ff; Krause in Gem.kom. zum SGB IV, § 42, Rdn. 25; a.A. Feldhaus, S. 143, der in diesen Fällen eine Rechtspflicht des Bürgermeisters bzw. Gemeindedirektors verneint.

² Anmerkend sei darauf hingewiesen, daß sich die Gemeinderatsmitglieder in Fall 6 im Rahmen der Zurechenbarkeit nicht wegen des Verhaltens von Bürgermeister und Gemeindedirektor auf die Grundsätze der überholenden Kausalität berufen können. Von ihr spricht man, wenn zwei voneinander unabhängige Kausalverläufe zeitlich einander nachfolgen. Dabei muß der 1. Kausalzusammenhang durch ein späteres Ereignis abgelöst, sozusagen überholt werden. Der 1. Kausalzusammenhang wird dann abgebrochen und wird vom Zurechnungszusammenhang ausgeschlossen, wenn das 2. Ereignis die Fortwirkung des 1. Ereignisses beseitigt und unabhängig hiervon eine neue Ursachenkette begründet. Nur in diesen seltenen Fällen scheidet das erste Ereignis als nicht-ursächlich aus dem Kausalzusammenhang aus. Vgl. allg. Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5e; Feldhaus, S. 63/64. Beispiel: A gibt dem O Gift ein, bevor das Gift wirkt, wird O von X erschossen.

theorie ein Korrektiv erfahren.^{1,2}

Nach der Adaequanztheorie sind nur die Bedingungen kausal, die den Erfolg adaequat kausal verursacht haben, d.h. nur solche Kausalfaktoren, die "im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge geeignet sind, einen Erfolg dieser Art herbeizuführen".³ Ein Unterlassen ist als adaequat kausal anzusehen, wenn die "Unterlassung im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines Erfolgs geeignet war".⁴ Da die Adaequanztheorie nur die ganz unwahrscheinlichen Geschehensabläufe ausnimmt, vermag sie den Zurechnungszusammenhang nur unvollkommen zu begrenzen; sie spielt deshalb nur eine untergeordnete Rolle.⁵

Bei der Schadensfeststellung (haftungsausfüllende Kausalität) muß aus diesem Grunde untersucht werden, inwieweit noch andere Zurechnungskriterien ergänzend für eine weitere Beurteilung herangezogen werden müssen.⁶

¹ Vgl. statt aller mit zahlreichen weiteren Nachweisen, Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5b; ferner Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 40 ff, der darauf hinweist, daß die Adaequanztheorie nur ein unvollkommenes Korrektiv sei.

² Zur Anwendung der Adaequanztheorie im öffentlichen Recht Wolff-Bachof, VR I, § 33 III, S. 257; vgl. Türk, S. 70; ferner BGH (U.v. 3.10.78, Az.: VI ZR 253/77) in NJW 79, 712 (713); Feldhaus, S. 143, Fnte 77.

³ Statt aller Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5d; Erman-Sirp, § 249, Rdn. 24; Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 42; Weckerle, S. 11/12.

⁴ BGH (U.v. 25.9.52, Az.: III ZR 322/51) in BGHZ 7, 198 (204).

⁵ Andere lehnen die Adaequanztheorie ganz ab, vgl. Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 41; vgl. andererseits Weckerle, S. 11/12.

⁶ Statt aller, Weckerle, S. 13 ff m.w.N.

bb. Schadensbegrenzung über die Lehre vom Schutzzweck der Norm:

Ein solches Korrektiv ist die Lehre vom "Schutzzweck der Norm"¹. Die Lehre vom "Schutzzweck der Norm" beruht auf dem Gedanken, daß die Rechtsordnung durch Haftungsvorschriften versucht, bestimmte Verhaltensnormen aufzustellen, um gewisse Schadensverläufe zu verhindern. Die Haftungsnormen wollen also nicht beliebige Schäden verhindern, sondern haben jeweils bestimmte typische Tatbestände im Auge. Der Umfang des zu ersetzenden Schadens ergibt sich also aus dem Schutzzweck der Norm, oder bezogen auf den hier untersuchten Fall, aus dem Schutzzweck der Organwalterpflicht. Der Schutzzweck der jeweiligen Pflicht ist durch Auslegung zu ermitteln. Die jeweilige Organwalterpflicht muß die Aufgabe haben, gerade den eingetretenen Schaden zu verhindern.²

Fall 7:

Der Gemeinderat beschließt einen Bebauungsplan. Ratsmitglied M gehört ein Grundstück im Baugebiet; er stimmt dennoch mit ab. Der Beschluß wird beanstandet, der Bebauungsplan wird nicht genehmigt. Die geplante Neuansiedlung des Industrieunternehmens U scheitert durch den entstehenden Zeitverzug.

Es liegt auf der Hand, daß der Gemeinde durch die unterbliebene Industrieansiedlung u.a. deshalb ein großer Schaden entsteht, weil das erwartete Steuereinkommen ausbleibt. Gleichwohl ist der Verlust an Steuereinkommen kein Schaden, der vom Schutzzweck der gemeinderechtlichen Mitwirkungs- und Befangenheitsvorschriften gedeckt ist.

¹ Vgl. hierzu Erman-Sirp, § 249, Rdn. 27; Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5c; Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 43 ff; Weckerle, S. 13 f.

² Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 44 ff; Erman-Sirp, § 249, Rdn. 47.

Zweck der Mitwirkungsverbote ist es, denkbare Interessenskonflikte und Bereicherungsmöglichkeiten des befangenen Organwalters auszuschließen. Ersatzfähig wären deshalb unmittelbare Schäden wie sie bei einem Pflichtverstoß durch die Aufhebung des Ratsbeschlusses entstehen (z.B. erneutes Planverfahren, Mehrkosten für weitere Sitzungsgelder, etc.). Mittelbare Schäden (hier: das Steueraufkommen), die mit dem Schutzzweck ("Verbot der Bereicherungsmöglichkeit") nichts zu tun haben, werden dagegen nicht ersetzt. Die Lehre vom "Schutzzweck der Norm" dient also der Begrenzung von Folgeschäden.¹

3. Vorteilsausgleichung

Häufig wird das Vermögen des Betroffenen durch das schädigende Ereignis nicht nur gemindert, sondern auch vermehrt.² Will man nun den Schaden durch Vermögensvergleich berechnen ("Differenzhypothese"³), so scheinen alle durch das Schadensereignis eingetretenen Vorteile den Schaden von selbst zu mindern², vgl. hierzu

Fall 8:

Das Studentenparlament in M beschließt den Ankauf eines VW-Bullis zwecks Unterstützung der Astaarbeit. Diese Aufgabe ist haushaltsplanmäßig nicht abgedeckt. Die Studentenschaft muß einen Bankkredit in Anspruch nehmen. Die Kreditkosten können in der Folge durch Vermietung des Fahrzeugs durch den Asta aufgefangen werden.

¹ Folgeschäden sind aber regelmäßig ersatzfähig, es muß in jedem Einzelfall geprüft werden, ob zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden ein "innerer" Zusammenhang besteht, der vom Schutzzweck der verletzten Pflicht noch mit umfaßt ist; vgl. im einzelnen Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 5c, aa; Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 46; Staudinger-Medicus, § 249, Rdn. 40 ff.

² Medicus, Rdn. 854 ff; Staudinger-Medicus, § 249, Rdn. 137; Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 7.

³ Vgl. § 8 VI 1; Staudinger-Medicus, § 249, Rdn. 4.

Das Beispiel zeigt die Schwierigkeit der Schadensfeststellung. Zweifellos liegt eine Pflichtwidrigkeit der Studentenparlamentsmitglieder vor. Die Vermögensbetreuungspflicht wird durch ungedeckte Ausgaben nachhaltig verletzt.

Unterstellt man einmal ein Verschulden der Mitglieder, so bleibt zweifelhaft, ob tatsächlich ein Schaden vorliegt. In Anwendung der Differenzhypothese läßt sich an sich kein Schaden feststellen: Zwar kann man die Zahlung des Kaufpreises für den Wagen unter Eingehung von Verbindlichkeiten (Kreditkosten!) als Vermögensschaden qualifizieren, dieser wird jedoch durch die entstandenen Vorteile (Wert des gekauften Fahrzeugs, Eigennutzung und Vermietung) wieder ausgeglichen. Zu klären ist jedoch, ob über die Grundsätze der "Vorteilsausgleichung" im vorliegenden Fall eine andere Sichtweise geboten ist.

Auch das öffentlich-rechtliche Schadensersatzrecht kennt die "Vorteilsausgleichung".¹ Hiernach hat vor dem Vermögensvergleich eine wertende Entscheidung darüber zu erfolgen, welche Positionen in die Vergleichsrechnung eingestellt werden dürfen.² Anrechnungsfähig - also bei dem Vermögensvergleich zu berücksichtigen - sind solche Vorteile, die in einem inneren Zusammenhang zu dem gleichzeitig entstandenen Nachteil stehen. Ein derartiger notwendiger Zusammenhang liegt vor, wenn der Vorteil nicht ohne den Nachteil entstehen konnte.^{3,4}

¹ Vgl. z.B. BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKg 3/74) in BSGE 39, 54 (59).

² Medicus, Rdn. 854; Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 7; Staudinger-Medicus, § 249, Rdn. 143 f; Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 93 ff.

³ Medicus, Rdn. 860.

⁴ Vgl. die weiteren Angaben bei Medicus, Rdn. 854 ff; Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 7; hier siehe auch die Ausführungen zum Theorienstreit, ob die Vorteile adaequat kausal verursacht worden sein müssen; vgl. ferner Grunsky, Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 93 ff.

Nicht anrechnungsfähig sind Vorteile, die der Geschädigte auch ohne das Schadensereignis erhalten hätte, ferner Vorteile die sich der Geschädigte selbst "erkauft" hat oder aber Vorteile, die dem Geschädigten im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht erwachsen sind.¹

Ohne das Problem zu vertiefen, läßt sich für Fall 8 feststellen, daß die Vorteile aus dem Nachteil erwachsen sind, so daß diese zweifellos anrechnungsfähig sind. Ein Schaden liegt also nicht vor.

VII. RECHTSFOLGE: SCHADENSERSATZ

1. Schadensersatz

a. Rechtsfolge der positiven Forderungsverletzung ist der Schadensersatz.

Zweifelslohne richtet sich der Umfang des Schadensersatzes auch im öffentlichen Recht nach den Grundsätzen der §§ 249 ff BGB (analog).²

Die geschädigte Selbstverwaltungskörperschaft kann hiernach verlangen, so gestellt zu werden, wie sie ohne die schuldhaftes Pflichtverletzung des Organwalters gestanden hätte.³ Dabei ist grundsätzlich jeder Schaden zu ersetzen, ohne daß es auf eine Unterscheidung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Schäden oder zwischen positivem oder negativem Interesse ankäme.⁴

¹ Medicus, Rdn. 856, 857, 859.

² BGH (U.v. 3.10.78, Az.: VI ZR 253/77) in NJW 79, 712 (713); BVerwG (U.v. 12.10.78, Az.: 2 C 6.78) in DÖV 79, 336 (337); Türk, S. 72; Feldhaus, S. 79.

³ Emmerich, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 275, Rdn. 254 ff; 174 ff.

⁴ Palandt-Heinrichs, § 276, Anm. 7e; Emmerich, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 275, Rdn. 254; Soergel-Schmidt, Vorb. zu § 275, Rdn. 39; Alff in RGRK, § 276, 134 ff.

b. Grundsätzlich ist nach § 249 S. 1 BGB Schadensersatz in Form der Naturalrestitution zu leisten. Nur ersatzweise ist der Schadensersatzanspruch auf Geld (vgl. § 249 S. 2 BGB, §§ 250, 251 BGB) gerichtet. Die Naturalrestitution könnte jedoch aus zwei Gründen unmöglich sein, so daß stattdessen nur Geldersatz in Frage kommt (§ 251 Abs. 1 BGB analog).

Die Naturalrestitution könnte zum einen mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Schadensersatzanspruchs unvereinbar sein (rechtliche Unmöglichkeit). Die Naturalrestitution verstößt gegen das Prinzip der Gewaltenteilung. Die Gerichte könnten durch ihren Urteilsspruch die Exekutive (nämlich letztlich die Organwalter) über den Umweg der Naturalrestitution dazu verpflichten, bestimmte hoheitliche Akte zu setzen (z.B. Aufhebung und Neufassung von Organbeschlüssen).¹ Da ein Regreß gegen den Organwalter wegen Amtspflichtverletzungen² gem. Art. 34 S. 3 GG vor den Zivilgerichten auszutragen wäre³, bestünde überdies die Gefahr, daß auch den Zivilgerichten die Möglichkeit eingeräumt würde, dem Organwalter über die Naturalrestitution Akte hoheitlicher Verwaltung aufzulegen.¹ Damit würde zusätzlich noch in die alleinige Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte eingegriffen. Es muß aus diesen Rechtsgründen im öffentlichen Recht auf die Naturalrestitution verzichtet werden.⁴

Schließlich ist zu bedenken, daß es dem Organwalter oftmals aus tatsächlichen Gründen unmöglich sein

¹ Vgl. dazu s. unten § 8. VIII. 3., S. 136; vgl. in Palandt-Thomas, § 839, Anm. 10b; BGH (B.v. 19.12.60, Az.: GSZ 1/60) in BGHZ 34, 99 (105); Staudinger-Schäfer, § 839, Rdn. 329 f.

² Gemeint sind nur die Fälle des Art. 34 GG, § 839 BGB.

³ Vgl. dazu s. unten § 8. VIII. 3., S. 136.

⁴ BGH (B.v. 19.12.60, Az.: GSZ 1/60) in BGHZ 34, 99 (105) zu der ähnlichen Problematik bei Art. 34 GG, § 839 BGB; ferner Staudinger-Schäfer, § 839, Rdn. 329a.

dürfte, Schadensersatz in Form der Naturalrestitution zu leisten. Sofern es die Naturalrestitution erforderlich macht, Kollegialentscheidungen zu treffen, ist der Organwalter auf die Mitwirkung seiner übrigen Kollegen angewiesen; häufig wird der Organwalter schon wegen Zeitablaufs nicht mehr (z.B. nach Ende der Wahlperiode) befugt sein, hoheitlich tätig zu werden.

Der Schadensersatzanspruch beschränkt sich deshalb gem. § 251 Abs. 1 BGB im öffentlichen Recht stets auf eine Geldleistung.¹

2. Die Haftung mehrerer Organwalter als Gesamtschuldner

Es ist denkbar, daß mehrere Organwalter den eingetretenen Schaden verursacht haben. Es kommt Mittäterschaft, Anstiftung, Beihilfe oder Nebentäterschaft in Betracht. Der praktisch bedeutsamste Fall, dem hier nachgegangen werden soll, ist das Zusammenwirken mehrerer Organwalter eines Kollegialorgans (s.o. Fall 4).² Hier ist vor allem problematisch, ob die Körperschaft den Gesamtschaden bei jedem einzelnen Organwalter realisieren kann und auf welche Weise ggfs. der Schadensausgleich zwischen den Schuldern untereinander stattfinden muß.

a. Die Schuldformen

Die Realisierung des Schadens durch den Gläubiger und der Schadensausgleich sind von der Schuldform abhängig.

¹ Mandt-Thomas, § 839, Anm. 10b; BGH (B.v. 19.12.60, Az.: GSZ 1/60) in BGHZ 34, 99 ff; Rupp, NJW 61, 811 ff; Staudinger-Schäfer, § 839, Rdn. 329 ff.

² s.u. Anhang I, Fall 4.

Es gibt verschiedene Schuldarten: die kumulative Schuld, die gemeinschaftliche Schuld, die Gesamtschuld und die Teilschuld. Die kumulative Schuld setzt voraus, daß der Gläubiger gegen jeden Schuldner einen eigenen, gesonderten, jeweils vom anderen unabhängigen Anspruch hat, der allerdings in allen Fällen auf die gleiche Leistung gerichtet ist.¹ Eine kumulative Schuld scheidet in den hier zu entscheidenden Fällen zweifellos deshalb aus, weil die Körperschaft den ihr entstandenen Schaden selbstverständlich nur einmal und nicht mehrmals ersetzt verlangen kann.

Die Gemeinschaftsschuld besteht, wenn die verschiedenen Schuldner zu einer Gesamtleistung verpflichtet sind. Die Leistungspflicht des Einzelnen erstreckt sich dabei weder auf Teilleistungen, noch auf die Gesamtleistung, sondern auf ein Zusammenwirken mit den übrigen Schuldnern, um den Leistungserfolg gemeinschaftlich herbeizuführen.² Eine derartige Gemeinschaftsschuld besteht ebenfalls nicht, da der auf Geld gerichtete Schadensersatzanspruch der Körperschaft nicht durch ein Zusammenwirken der Schädiger erbracht werden soll.³

Da der Schadensersatzanspruch auf Geld - also auf eine teilbare Leistung - gerichtet ist, kommt nach Lage der Dinge entweder eine Teilschuld oder eine Gesamtschuld mehrerer Organwalter in Betracht.

¹ Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 4;

² Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 420, Anm. 2c; Kramer, in Münchener Kommentar, § 241, Rdn. 5; typischer Fall: das Orchester.

³ Typischer Fall der Gemeinschaftsschuld wäre das Musizieren im Orchester; an eine Gemeinschaftsschuld wäre zu denken gewesen, wenn der Schadensersatzanspruch auf Naturalrestitution gerichtet wäre (Rückgängigmachung von Organbeschlüssen). Dies wäre aber auch nur dann möglich, wenn alle Mitglieder des Kollegialorgans der Körperschaft zum Schadensersatz verpflichtet wären.

Gem. § 421 BGB spricht man von Gesamtschuld, wenn mehrere Schuldner eine Leistung in der Weise bewirken müssen, daß der Gläubiger die Leistung von jedem Schuldner nach seinem Belieben ganz oder teilweise zu fordern berechtigt ist, die Leistung jedoch nur einmal erbracht werden muß.¹

Bei der Teilschuld (§ 420 BGB) kann der Gläubiger die Schuld von jedem Schuldner nur entsprechend seinem Anteil einfordern.²

Der Unterschied zwischen Teilschuld und Gesamtschuld liegt also darin, daß der Gläubiger bei der Teilschuld das Risiko der Erfüllung, z.B. bei Illiquidität eines Schuldners, trägt, während bei der Gesamtschuld nach der Inanspruchnahme durch den Gläubiger das Risiko bei dem Schuldner liegt, der gem. § 426 BGB den Ausgleich bei seinen Mitschuldnern suchen muß.³

Gem. § 420 BGB besteht bei teilbaren Leistungen im Zweifel eine Teilschuld. Trotzdem sind die meisten teilbaren Leistungen Gesamtschulden. Dies liegt daran, daß die Gesamtschulden häufig kraft besonderer Vereinbarung oder aber von Gesetzeswegen entstehen.⁴

Wenn wir einmal Fall 4⁵ ("Heizungsfall") für die weitere Untersuchung zugrundelegen, so wird man bei Beschlüssen von Kollegialorganen hinsichtlich der Schuldform besondere Vereinbarungen oder besondere gesetzliche Vorschriften vermissen. Die kommunalrechtliche Literatur (beispielsweise zu § 30 III GONW) erörtert deshalb in diesen Fällen, ob nicht in analoger⁶ oder direkter⁷ Anwendung des § 840 BGB ein

¹Alff in RGRK, § 421, Rdn. 1; Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 1; Palandt-Heinrichs, § 421, Anm. 1; Staudinger-Schäfer, § 421, Rdn. 2

²Palandt-Heinrichs, Überbl. v. § 420, Anm. 2a; Staudinger-Schäfer, § 420, Rdn. 1 ff.

³Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 3.

⁴Palandt-Heinrichs, § 421, Anm. 3.

⁵Vgl. s.o. S. 93; ferner Anhang I.

⁶Türk, S. 72; Haltermann, SKV 56, 207 (208); Kottenberg-Rehn, § 30 III 4.

⁷Feldhaus, S. 145; Lederer, Bay.Bürg. 1949, 6(9); Hurst, Die Gemeinde, S. 131; Wagner, § 22, Rdn. 23.

Gesamtschuldverhältnis besteht. Gesetzessystematisch gesehen, scheidet eine unmittelbare Anwendung des § 840 BGB schon deshalb aus, weil § 840 BGB eine Vorschrift des Privatrechts ist, während es hier um öffentlich-rechtliche Ansprüche geht. Darüberhinaus ergeben sich deswegen Zweifel, weil das Organwalterverhältnis ein Schuldverhältnis ist, das sich - wie wir oben gesehen haben - wesentlich von dem Tatbestand einer unerlaubten Handlung unterscheidet.¹

b. Teilschuld oder Gesamtschuld

Die Frage nach der richtigen Schuldform ist schwierig zu beantworten.

(aa) Gegner einer gesamtschuldnerischen Haftung der Organwalter in den hier geschilderten Fällen ist das Bundessozialgericht.² Es ist der Auffassung, daß die Organwalter der Sozialversicherungsträger nur anteilig entsprechend dem Maß ihrer Verursachung haften.³ Das Bundessozialgericht meint, dies folge aus dem besonderen Charakter des Schadensersatzanspruchs als öffentlich-rechtlicher Forderung. Im Sozialgerichtsverfahren gelte die Amtsmaxime, so daß von Amtswegen zu prüfen sei, ob und in welchem Ausmaße das einzelne Organmitglied den Schaden unter Berücksichtigung der Mitverschuldensquote der übrigen Organwalter zu tragen habe. Im übrigen könne dem inanspruchgenommenen Mitverantwortlichen nicht das Risiko des Ausgleich-(Rückgriff-)prozesses (gem. §§ 426 I, II BGB) gegen die übrigen Organwalter auf-

¹ Vgl. dazu oben § 6. I.1,2 und unten § 8. VIII 1.

² BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKg 3/74) in BSGE 39, 54 (61,62); die Entscheidung erging noch zu § 7 GSV (Gesetz über die Selbstverwaltung und zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet der Sozialversicherungen v. 22.2.57, BGBl I, 214).

³ A.A. Schulz-Lücke, S. 88; Krause in Gemeinschaftskom. zum SGB, § 42 SGB IV, Rdn. 27; differenzierend Jahn, § 42 SGB IV, Rdn. 4, der nur für Regreßansprüche nach Art. 34 GG eine Gesamtschuld annehmen will.

gebürdet werden.¹

(bb) Das Argument des Bundessozialgerichts, das Wesen der Gesamtschuld widerspreche dem öffentlich-rechtlichen Charakter der Schadenersatzforderungen, widerlegt sich schnell, wenn man den Blick auf andere öffentlich-rechtliche Haftungsnormen richtet: vielfach wird eine gesamtschuldnerische Haftung ausdrücklich in öffentlich-rechtlichen Gesetzen vorgeschrieben.² Auch im nicht kodifizierten Bereich sind Fälle einer gesamtschuldnerischen Haftung denkbar und anerkannt.³

Der öffentlich-rechtliche Charakter des Schadenersatzanspruchs schließt ein Gesamtschuldverhältnis nicht apriori aus. Hieran vermag auch die Amtsmaxime des Verwaltungs- bzw. Sozialgerichtsprozesses nichts zu ändern. Das Bundessozialgericht begründet seine ablehnende Haltung zur Gesamtschuld unterschwellig damit, daß der regreßnehmende Organwalter unter Umständen nicht in den Genuß der Untersuchungsmaxime kommen werde⁴, weil das Regreßverfahren u.U. vor den Zivilgerichten auszutragen sei. Abgesehen davon, daß der Beibringungsgrundsatz bzw. die Untersuchungsmaxime lediglich prozessualer Natur sind und auf den Rechtscharakter des Anspruchs niemals einen Einfluß haben können, tritt eine etwa zu befürchtende

¹ BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKG 3/74) in BSGE 39, 54 (61/62); vgl. im übrigen Feldhaus, S. 145, der zwar grds. ein Gesamtschuldverhältnis annimmt, aber die Körperschaft verpflichten will, den Organwalter nur auf den ihn betreffenden Teilbeitrag in Anspruch zu nehmen.

² Beispiele: § 46 I S. 3 BRRG, § 78 I S. 3 BBG und die übrigen inhaltsgleichen Vorschriften der Landesbeamtengesetze; ferner: § 34 AtomG, § 22 I, II WHG, § 44 AO (1977) etc.

³ BGH (U.v. 19. 2.53, Az. III ZR 31/51) in BGHZ 9,65. Darüberhinaus sind bei öffentlich-rechtlichen Verträgen Gesamtschuldverhältnisse denkbar.

⁴ BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKG 3/74) in BSGE 39, 54 (61).

Ungleichbehandlung nicht auf, da sich der Rechtscharakter des Ausgleichsanspruchs gem. § 426 Abs. 1, Abs. 2 BGB nach dem Grundanspruch richtet.¹ Es ist also sowohl für die Körperschaft als auch für den regreßnehmenden Organwalter der gleiche Rechtsweg gegeben.² Das Bundessozialgericht übersieht im übrigen, daß der Sozialversicherungsträger nicht in jedem Fall vor dem Sozialgericht klagen kann. Müßte der Sozialversicherungsträger einem Dritten wegen § 839 BGB, Art. 34 GG Schadensersatz leisten und will er deswegen Regreß nehmen, so sind hierfür gem. Art. 34 S. 3 GG die Zivilgerichte zuständig.³ Jahn⁴ kommt in Fortentwicklung der Meinung des Bundessozialgerichts zu der Auffassung, daß eine gesamtschuldnerische Haftung der Organwalter nur dann angenommen werden könne, wenn der Schadensersatzanspruch einen Regreßanspruch gem. Art. 34 S. 3 GG darstelle, der im Zivilrechtsweg zu verfolgen sei. Da im Zivilprozeß der Beibringungsgrundsatz gilt, will Jahn die Regreßfälle über die Gesamtschuld und die Fälle, die in die Zuständigkeit der Sozialgerichte fallen, über die Teilschuld abwickeln. Die Sinnwidrigkeit dieses Ergebnisses spricht für sich selbst, denn der Charakter der Schuld kann nicht vom Rechtsweg abhängig sein.

Schwerwiegender ist dagegen das Argument des Bundessozialgerichts, es sei unbillig, einem Organwalter das Risiko des Regreßprozesses gegen die übrigen Verant-

¹ BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 65 ff; BGH (U.v. 28.9.72, Az.: II ZR 6/71) in NJW 73, 101 (102); ferner Selb, in Münchener Kommentar, § 426, Rdn. 13.

² Vgl. BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 65 ff; vgl. im übrigen unten auf S.131ff die weiteren Ausführungen zur Rechtswegfrage, s.u. § 8. VIII., S.131ff und die Zitate der vorhergehenden Fußnote.

³ Zur Rechtswegfrage s. unten § 8. VIII., S.131ff; vgl. im übrigen BSG (U.v. 23.11.71, Az.: 7/2 Ru 206/69) in BSGE 33, 213 und § 51 Abs. 1 SGG.

⁴ Jahn, § 42, SGB IV, Rdn. 4.

wortlichen aufzubürden.¹ Das Bundessozialgericht führt damit eine wertende Betrachtung ein, die es zu würdigen gilt.

Vordergründig spricht für die Auffassung⁴ des Bundessozialgerichts, daß der Schadensersatzanspruch auf eine teilbare Leistung, nämlich auf Geld², gerichtet ist. Nach § 420 BGB sind teilbare Leistungen im Zweifel auch Teilschulden. In der Praxis sind Geldschulden jedoch eher Gesamtschulden als Teilschulden, der Charakter der Geldschuld ist also an sich wertneutral.

Um das Wesen des hier streitigen Schadensersatzanspruches näher bestimmen zu können, wird man sich zunächst mit dem Charakter und dem Zweck der Gesamtschuld näher beschäftigen müssen. Leider lassen sich in Rechtsprechung und Lehre keine einheitlichen Merkmale der Gesamtschuld ausmachen.³ Als Indizien (nicht unbedingt als notwendige Voraussetzungen) einer Gesamtschuld wertet man das Vorliegen desselben Leistungsinteresses des Gläubigers gegenüber den Schuldern⁴ und das Vorliegen eines gemeinschaftlichen oder doch rechtlich gleichgearteten Schuldgrundes.⁵ Beide

¹ BSG (U.v. 19.11.74, Az.: 8/7 PKg 3/74) in BSGE 39, 54 (61/62).

² Ein Anspruch auf Naturalrestitution scheidet aus, wie oben zu § 8 VII 1 b nachgewiesen wurde.

³ Vgl. z.B. die Übersicht bei Dilcher, JZ 67, 110 ff; Alff in RGRK, § 421, Rdn. 1 ff; Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 2 ff; ferner BGH (U.v. 1.2.65, Az.: GSZ 1/64) in BGHZ 43, 227/230; BGH (U.v. 29.6.72, Az.: VII ZR 190/71) in BGHZ 59, 97.

⁴ Alff, in RGRK, § 421, Rdn. 1; Palandt-Heinrichs, § 421, Anm. 1b; seit BGH (B.v. 1.2.65, Az.: GSZ 1/64) in BGHZ 43, 227/230, soll aber auch ein gleichartiges Leistungsinteresse ausreichen.

⁵ Ein einheitlicher Rechtsgrund ist andererseits aber nicht unbedingt erforderlich, vgl. BGH (U.v. 29.6.72, Az.: VII ZR 190/71) in BGHZ 59, 97 (102); ferner beispielhaft Palandt-Heinrichs, § 421, Anm. 1c.

Indizien sind gegeben; das Leistungsinteresse der Körperschaft ist gegenüber allen Organwaltern gleich: diese sollen Schadensersatz in Geld, und zwar in voller Höhe leisten. Auch ein gleichgearteter Schuldgrund liegt vor, denn bei einer Verletzung der Organwalterpflichten anlässlich einer Kollegialentscheidung liegt bei allen Organwaltern regelmäßig dieselbe Pflichtverletzung vor.

Die genannten Merkmale reichen jedoch nicht aus, um eine Gesamtschuld zu begründen.¹ In der Rechtsprechung wurde vor allem früher das entscheidende Strukturmerkmal der Gesamtschuld im Bestehen einer "Zweckgemeinschaft" oder "Tilgungsgemeinschaft" gesehen.² Zwischenzeitlich dürfte jedoch weitgehend unumstritten sein, daß derartige oder ähnliche Begriffe (z.B. "Gleichstufigkeit der Leistungen") bloße Leerformeln sind.³ Es setzt sich zunehmend die Überzeugung durch, daß derartige Begriffe nur darüber hinwegtäuschen, daß eine begriffliche Fixierung der Voraussetzungen der Gesamtschuld kaum möglich ist, sondern daß stattdessen in Wahrheit eine "wertende Betrachtung" aller Gesamtumstände stattfindet.⁴

Will man eine "wertende Gesamtbetrachtung" auch in den vorliegenden Fällen durchführen, so muß man sich

¹ Vgl. die vorhergehende Fußnote, ferner Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 7; ferner Alff in RGRK, § 421, Rdn. 5.

² So vor allem die frühere BGH-Rechtsprechung BGH (B.v.1.2.65, Az.: GSZ 1/64) in BGHZ 43, 227 (229,234); jetzt zweifelnd BGH (U.v. 29.6.72, Az.: VII ZR 190/71) in BGHZ 59, 97(99).

³ Kritisch vor allem Palandt-Heinrichs, § 421, Anm. 1d, bb; ferner Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 7; wohl auch Alff, in RGRK, § 421, Rdn. 12 ff; vgl. schließlich die zusammenfassende Darstellung bei Dilcher, JZ 67, 110 ff (111 f); Staudinger-Kaduk, § 421, Rdn. 24-33.

⁴ Hierfür plädiert vor allem Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 16 f, Rdn. 17 f; wohl auch Alf in RGRK, § 421, Rdn. 16.

zur Ermittlung der maßgeblichen Wertungskriterien die Auswirkungen der Gesamtschuld, aber auch den ihr innewohnenden Zweck vor Augen führen.

Einfach ist die Sache dann, wenn die gesamtschuldnerische Haftung auf einer vertraglichen Vereinbarung beruht; hier rechtfertigt sie sich durch den übereinstimmenden Parteiwillen.¹ Ist aber - wie in unserem Fall - die solidarische Haftung mehrerer Schädiger nicht eigens angeordnet, so bedarf es einer Interessensanalyse und Interessensabwägung der verschiedenen Beteiligten.

Die gesamtschuldnerische Haftung will zunächst verhindern, daß der Gläubiger bei mehreren Schädigern schlechter steht, als wenn ihn nur eine Person geschädigt hätte. Der Gläubiger wäre sonst auf diverse Teilansprüche gegen mehrere Schuldner verwiesen und trüge damit nicht nur ein höheres Prozeßrisiko, sondern auch das Risiko der Insolvenz einzelner Schuldner.² Dieser Gesichtspunkt ist bei Schadensersatzansprüchen deshalb wichtig, weil der Geschädigte - anders als bei einer vertraglich vereinbarten Schuldnermehrheit - im vorhinein keine Auswahl bezüglich der ihm haftenden Personen treffen kann.³

Sodann muß auf den Reparationszweck des Schadensersatzrechts abgestellt werden.^{4,5} Die gesamtschuldne-

¹ Mertens, in Münchener Kommentar, § 840, Rdn. 2.

² Staudinger-Kaduk, § 421, Rdn. 7; Staudinger-Schäfer, § 840, Rdn. 12; Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 3; Palandt-Heinrichs, § 421, Anm. 1.

³ Mertens, in Münchener Kommentar, § 840, Rdn. 2.

⁴ Zum Restitutionszweck des Schadensersatzrechts, vergleiche allgemein Weckerle, S. 18 ff; Palandt-Heinrichs, Vorb. v. § 249, Anm. 3.

⁵ Zum Verhältnis zwischen dem Restitutionsgedanken und der gesamtschuldnerischen Haftung, vgl. Weckerle, S. 89.

rische Haftung soll dem Gläubiger auch zu einer Beweiserleichterung verhelfen, denn im Falle der pro rata-Haftung wäre der Geschädigte gezwungen, die Schuldbeiträge der einzelnen Verursacher festzustellen und nachzuweisen. Demgegenüber läßt sich aus der Rechtsordnung entnehmen, wie zum Beispiel § 840 BGB für das deliktische Schadensersatzrecht zeigt¹, daß bei einer Verursachung ein- und desselben Schadens durch mehrere Personen die Frage der Mitverantwortlichkeitsbeiträge ein Problem des Innenverhältnisses ist und daß für das Außenverhältnis die solidarische Haftung aller Schädiger ^{für} den ganzen Schaden angeordnet ist.²

Vergleicht man an Hand dieser Kriterien die Interessenslage zwischen Körperschaft und Organwaltern, so erscheint es angemessen, den Organwaltern das Rückgriffsrisiko aufzuerlegen.

Die geschädigte Körperschaft kann - im Falle der Teilschuld - die ihr zustehenden Schadensersatzansprüche nur unter erheblichen Schwierigkeiten realisieren. Muß sie gerichtlich vorgehen, so muß sie vor dem Prozess aufgeklärt haben, welche Organwalter

¹ Dieser Gedankengang findet sich nicht nur bei § 840 BGB, sondern z.B. auch bei § 1833 Abs. 2 BGB, § 39 AktG oder § 9 Abs. 1 GmbHG, vgl. dazu Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 17.

² Die auch z.B. § 840 BGB tragende Idee "der nicht unterscheidbaren Verantwortlichkeit mehrerer für ein- und denselben Schaden", rechtfertigt also die gesamtschuldnerische Haftung, vgl. dazu Selb, in Münchener Kommentar, § 421, Rdn. 17 f; Mertens, in Münchener Kommentar, § 840, Rdn. 2; Weckerle, S. 89; vgl. auch beispielhaft die BGH-Entscheidung zur gesamtschuldnerischen Haftung von Architekt und Werkunternehmer, BGH (B.v. 1.2.65, Az.: GSZ 1/64) in BGHZ 43, 227 (234), wo sich der BGH zur Begründung der Gesamtschuld auch auf die gesetzliche Wertung des § 840 BGB beruft.

im einzelnen den Schaden verursacht haben. Sie muß ferner ermittelt haben, welchen Grad des Verschuldens den einzelnen Organwalter trifft, um den Gesamtschaden individuell für jeden Schädiger quotenmäßig aufteilen und einklagen zu können. Dies ist praktisch undurchführbar, die Aufklärungsmöglichkeiten der juristischen Person sind im nachhinein sehr begrenzt.¹

Die besondere Situation der Organwalter zwingt zu keiner abweichenden Betrachtung. Es erscheint angemessen, den Organwalter das Risiko des Rückgriffs tragen zu lassen, denn er kennt die Vorgänge bei der Schadensverursachung (z.B. die Abstimmung) genau. Er weiß, an welche Kollegen er sich halten kann. Ja, er allein hat von Anfang an die Möglichkeit, sich zu exkulpieren, indem er sein Abstimmungsverhalten zu Protokoll gibt, um nicht in die Gefahr eines Schadensersatzprozesses zu geraten.

Noch ein weiterer Gesichtspunkt spricht für die Gesamtschuld. Die Grundidee der Gesamtschuld ist es, dem Gläubiger möglichst schnell und umfassend vollen Ersatz zu gewähren. Wie sich beispielsweise an § 840 BGB zeigt, gilt dieser Gesichtspunkt besonders für das Schadensersatzrecht. Entgegen der Auffassung des Bundessozialgerichts² kann es nicht Sinn der Schadensersatzansprüche sein, den Schaden, den mehrere gemeinsam verursacht haben, möglichst gerecht auf die Schädiger zu verteilen. Der sich aus dem Gerechtigkeitsgebot abzuleitende Grundsatz geht vielmehr dahin,

¹ Vgl. hierzu auch die Gedankenführung zur Frage der Darlegungs- und Beweislast, Stichwort: "Gefahrenkreis des Schuldners", vgl. dazu unten, S.140ff, § 8 VIII. 4.

² BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKG 3/74) in BSGE 39, 54 ff.

daß sich kein Schädiger unter Hinweis auf die Mitverantwortlichkeit anderer entlasten kann. Es besteht keine Veranlassung, in den vorliegenden Fällen von diesem Grundsatz abzuweichen. Das Risiko des Innenausgleichs muß von den Organwaltern getragen werden.

Ergebnis: Mehrere verursachende Organwalter haften der Körperschaft als Gesamtschuldner.

3. Anwendung von § 254 BGB?

a. Als Ausfluß des Grundsatzes von Treu und Glauben ist § 254 BGB auch im öffentlichen Recht analog anzuwenden.³ Verstöße des Geschädigten gegen die Schadensminderungspflicht haben also auch im öffentlichen Recht Konsequenzen.

b. Da § 254 BGB die Ersatzpflicht des Schädigers in den Fällen beschränkt, in denen bei der Entstehung oder Entwicklung des Schadens ein "Verschulden" des Geschädigten mitgewirkt hat, fragt es sich, ob sich die geschädigte Körperschaft über § 254 Abs.2, S.2 BGB i.V.m. § 278 BGB ein mitwirkendes Verschulden der übrigen Organwalter als eigenes Verschulden entgegenhalten lassen muß.

Zwar wird man generell die anderen Organwalter als Erfüllungsgehilfen der Körperschaft i.S.v. § 278 ansehen können, denn infolge des Organwalterverhältnisses besteht eine rechtliche Sonderverbindung, die

¹ Mertens, in Münchener Kommentar, § 840, Rdn. 2.

² Im Ergebnis wie hier: Feldhaus, S. 145; Lederer, Bay. Bürgermeister 1949, S. 9; Hurst, Die Gemeinde 1962, S. 131; Wagener, § 22 LKRONW, Rdn. 23; Türk, S. 72; Haltermann, SKV 56, 207 (208); Kottenberg-Rehn, § 30 III 4; Schulz-Lücke, S. 88; Krause in Gemeinschaftskommentar zum SGB, § 42 SGB IV, Rdn. 27; grds. auch Bay.ObLG (U.v. 8.12.61, Az.: 1 Z 55/59) in Bay ObLGZ 61, 355 (371); ferner für Vorstandsmitglieder des Vereins: Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 754; unklar: RG (U.v. 13.4.20, Az.: II 473/19) in JW 20, 1032 (1033); verneinend: BSG (U.v. 19.12.74, Az.: 8/7 RKg 3/74), in BSGE 39, 54 (61/62).

³ Vgl. statt aller m.w.N. Palandt-Heinrichs, § 254, Anm. 2c; Grunsky, in Münchener Kommentar, § 254, Rdn. 18; BGH (U.v. 8.2.65, Az.: III ZR 170/63) in NJW 65, 962/963.

Voraussetzung für die Anwendung von § 278 BGB ist.¹ Eine Zurechnung des Organwalterverhaltens über § 254 BGB im Rahmen von Schadensersatzansprüchen der Körperschaft gegenüber Dritten erscheint deshalb im Außenverhältnis wegen §§ 31, 278, 831 BGB unproblematisch.² Eine derartige Zurechnung erweckt jedoch Zweifel, wenn lediglich das Innenverhältnis betroffen ist. Im internen Bereich (im Innenverhältnis) haben die Organwalter nicht die Funktion, einander gegenseitig gegenüber der Körperschaft zu vertreten.³ Das Zusammenwirken der Organwalter ist vielmehr gemeinschaftliches Handeln für die Körperschaft. Verursachen mehrere Organwalter einen Schaden, so können sie sich nicht wechselseitig auf die Mitverursachung ihrer Kollegen berufen.⁴

Die Anwendung des § 254 Abs. 2, S. 2 BGB auf die hier erörterten Fälle würde im übrigen im Ergebnis dazu führen, daß die gesamtschuldnerische Haftung der verursachenden Organwalter auf eine Teilschuld reduziert würde. Die soeben im einzelnen näher erörterte und begründete gesamtschuldnerische Haftung der Organwalter würde über den Umweg über § 254 BGB wieder in ihr Gegenteil verkehrt, dies kann freilich nicht Sinn und Zweck des § 254 BGB sein.

Ergebnis: Ein etwaiges mitwirkendes Verschulden anderer Organwalter kann den von der Körperschaft in Anspruch genommenen Organwaltem deshalb nicht zu Gute

¹ Palandt-Heinrichs, § 254, Anm. 5.

² Grunsky, in Münchener Kommentar, § 254, Rdn. 83; BGH (U.v. 3.3.77, Az.: III ZR 10/74) in NJW 77, 1148.

³ RG (U.v. 13.4.20, Az.: 473/19) in JW 20, 1032 (1033) (Aktiengesellschaft).

⁴ RG (U.v. 13.4.20, Az.: 473/19) in JW 20, 1032 (1033) für den Vorstand einer AG; Vgl. für das Vereinsrecht Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 754.

kommen.¹

4. Zeitpunkt der Schadensbemessung

Als Zeitpunkt für die Bemessung des Schadens ist in einem Rechtsstreit in der Regel die letzte mündliche Verhandlung vor dem Tatrichter zugrunde zu legen.² Sofern zu einem späteren Zeitpunkt weitere Schäden entstehen, ist die Körperschaft nicht gehindert, diese notfalls in einem neuen Rechtsstreit geltend zu machen.

5. Die Verjährung

Jeder Anspruch, auch der öffentlich-rechtliche Anspruch, unterliegt der Verjährung.³

Die regelmäßige Verjährung beträgt dreißig Jahre (§ 195 Abs. 1 BGB). Die 30-jährige Verjährungsfrist gilt immer dann, wenn das Gesetz keine anderen Fristen vorsieht. Der Grundgedanke des § 195 Abs. 1 BGB wird aber bereits im BGB an so vielen Stellen durchbrochen, daß er zur Ausnahme wird.⁴ Obwohl für das Organwalterverhältnis keine spezialgesetzlichen Regelungen getroffen sind, liegt es deshalb nahe, zu prüfen, ob eine der verschiedenen kurzen Verjäh-

¹ So im übrigen auch zu dem entsprechenden Problem im Beamtenrecht, RG (U.v. 13.5.19, Az.: III 545/18) in RGZ 95, 344 (346); RG (U.v. 7.7.34, Az.: V 102/34) in RGZ 145, 258 (262); BVerwG (U.v. 23.10.69, Az.: II C 80.65), in BVerwGE 34, 123 (130 f); BVerwG (U.v. 12.10.78, Az.: 2 C 6.78) in DÖV 79, 336 (338). Das BVerwG (U.v. 23.10.69, Az.: II C 80.65) führt in BVerwGE 34, 123 (130 f, 132) aus, daß ausnahmsweise der alles beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben gleichwohl eine Ausnahme erfordern könne. Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn die Inanspruchnahme eines einzelnen bestimmten Organwalters angesichts klarer, alleiniger Verantwortlichkeit eines anderen im Innenverhältnis nach außen hin rechtsmißbräuchlich wäre.

² Vgl. z.B. § 296 a ZPO. S. im übrigen Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 9.

³ Vgl. Palandt-Heinrichs, § 194, Anm. 1; BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 209.

⁴ Palandt-Danckelmann, § 195, Anm. 1.

rungsvorschriften des BGB die Grundregel des § 195 Abs. 1 BGB in analoger Anwendung durchbricht.

Da die kurzen Verjährungsvorschriften des Vertragsrechts (z.B. §§ 477, 638 BGB) weder direkt noch sinngemäß passen, weil der ihnen unterliegende spezifische Lebenssachverhalt mit den hier zu entscheidenden Fällen absolut nicht vergleichbar ist, kommt für eine analoge Anwendung einer anderen, kürzeren Verjährungsvorschrift allein § 852 BGB näher in Betracht.

Eine direkte Anwendung des § 852 BGB scheidet aus, da sich § 852 BGB nur auf die im BGB geregelten, unerlaubten Handlungen bezieht¹, während es hier um eine Haftung aus (öffentlich-rechtlichen) Schuldverhältnissen geht.² Gegen eine analoge Anwendung des § 852 BGB spricht zunächst, daß wegen § 195 Abs. 1 BGB an sich keine schließungsbedürftige Regelungslücke besteht. Dieses Argument allein ist freilich nicht durchschlagend, denn allein das bürgerliche Recht durchbricht § 195 Abs. 1 BGB so häufig, daß § 195 BGB zur Ausnahme wird, während die anderweitig gesetzlich geregelten Fälle zur Regel werden.³ Eine Durchbrechung des § 195 Abs. 1 BGB ließe sich um der Gerechtigkeit willen dann rechtfertigen, wenn die Fälle des § 852 BGB mit den hier zu entscheidenden Fällen rechtsethisch und psychologisch derart vergleichbar wären, daß sich eine Ungleichbehandlung verböte.⁴

Untersucht man den Gesetzeszweck des § 852 BGB näher, so stellt man fest, daß § 852 BGB wesentlich darauf gerichtet ist, dem Anspruchsgegner, der erst nach

¹ BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 209 (211).

² Hinzu grds. § 6 I, S. 25.

³ BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 209 (214); Palandt-Danckelmann, § 195, Anm. 1.

⁴ Zu den Voraussetzungen einer Analogie, siehe auch oben S. 19 f.

einer beträchtlichen Reihe von Jahren seit der angeblichen Verübung der schädigenden Handlung in Anspruch genommen wird, die Verteidigung zu erleichtern.¹ Das Interesse an einer kurzen Verjährung rechtfertigt die analoge Anwendung von § 852 BGB aber nicht schlechthin. Denn der Schädiger hat immer ein Interesse an kurzer Verjährung.

Gegen einen Analogieschluß, gegen eine Vergleichbarkeit, spricht vor allem die Tatsache, daß der Gesetzgeber gerade in der Verjährungsfrage zwischen dem Bereich der "Schuldverhältnisse" einerseits und dem Bereich der unerlaubten Handlung andererseits stark differenziert hat. Für die unerlaubten Handlungen hat der Gesetzgeber nur eine einzige Verjährungsvorschrift geschaffen: § 852 BGB. Eine derartige allgemeine Durchbrechung der Grundregel des § 195 Abs. 1 BGB kennt das BGB für die vertraglichen Haftungsvorschriften nicht, hier existieren vielmehr zum Teil sehr unterschiedliche Vorschriften, die jeweils auf den besonderen Lebenssachverhalt abgestimmt sind. Ebensowenig wie man die kurze vertragliche Haftung auf die gleichzeitig bestehende Haftung aus unerlaubter Handlung ausdehnen kann, vermag umgekehrt § 852 BGB in den Fällen der Anspruchskonkurrenz zwischen vertraglicher und der Haftung aus unerlaubter Handlung die kurze Verjährung zu verdrängen.² Im Wege des Umkehrschlusses läßt sich hieraus zwingend folgern, daß § 852 BGB nicht auf Schuldverhältnisse angewandt werden kann, die (lediglich) der regelmäßigen

¹ BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 209 (215); Staudinger-Schäfer, § 852, Rdn. 2; Mertens, in Münchener Kommentar, § 852, Rdn. 1; vgl. im übrigen auch noch BGH (U.v. 17.10.78, Az.: VI ZR 213/77) in NJW 79, 268 (269), wonach § 852 BGB darüber hinaus auch der Rechtssicherheit dienen soll.

² BGH (U.v. 24.3.77, Az.: VII ZR 319/75) in NJW 77, 1819 m.w.N.; ferner Mertens, in Münchener Kommentar, § 840, Rdn. 6,7.

Verjährung des § 195 BGB unterliegen; andernfalls würde man sich über den erklärten Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen.¹ Dadurch, daß der Gesetzgeber in einigen Bereichen der vertraglichen Haftung keine von § 195 BGB abweichende Regelung getroffen hat, kommt klar zum Ausdruck, daß es bei der allgemeinen Verjährungsvorschrift verbleiben soll.² Auf Grund der Unterschiede zwischen der Haftung aus Schuldverhältnissen und der Haftung aus unerlaubter Handlung sind die in § 852 BGB geregelten Fälle mit den Fällen der Pflichtverletzung der Organwalter nicht vergleichbar, lediglich das allgemeine Interesse der Schädiger an einer kurzen Verjährung rechtfertigt die Durchbrechung des § 195 BGB nicht.^{3,4} Schadensersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung unterliegen also der 30-jährigen Verjährung.⁵

6. Die Verwirkung

Die lange Verjährungsfrist bewirkt nicht, daß die Körperschaft ihr bekannte Ansprüche jahrelang ruhen lassen kann, um sie etwa 10-15 Jahre später geltend zu machen. Kennt die Körperschaft den Schaden und die Person des Ersatzpflichtigen, so wird nach Ablauf von ungefähr 5 Jahren vom Zeitpunkt der Kenntnis der Körperschaft an zu prüfen sein, ob der Anspruch ver-

¹ Ein Analogieschluß wäre allenfalls denkbar, wenn der Anspruch ein deliktsähnlicher Anspruch wäre, vgl. BGH (U.v. 31.1.66, Az.: III ZR 118/64) in DÖV 66, 343 (345).

² BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 209 (216); Palandt-Danckelmann, § 195, Anm. 2.

³ BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 209 (216); vgl. im übrigen für den Verein Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 795; Blume, S. 165; ferner Papier, S. 137 ff.

⁴ Mangels Regelungslücke können auch die beamtenrechtlichen Verjährungsvorschriften im Wege des Analogieschlusses nicht zur Anwendung kommen (vgl. z.B. § 46 Abs. 3 BRRG, § 78 Abs. 3 BBG sowie die diversen landesrechtlichen Vorschriften, die dem § 852 BGB nachgebildet sind, vgl. dazu Papier, S. 139; a.A. Feldhaus, S. 165).

⁵ Vgl. z.B. BGH (U.v. 27.4.61, Az.: VII ZR 9/60) in BGHZ 35, 130 ff; Mertens, in Münchener Kommentar, § 852, Rdn. 7; im übrigen vgl. Fußnote 3.

wirkt ist (§ 242 BGB).¹

Zwischenergebnis: Im Falle einer positiven Forderungsverletzung haftet der Organwalter auf Schadenersatz. Schadenersatzansprüche sind nicht auf Naturalrestitution, sondern auf Geld gerichtet, verursachen mehrere Organwalter den Schaden, so haften sie als Gesamtschuldner. Die Körperschaft braucht sich ein "Mitverschulden" anderer Organwalter nicht gem. § 254 BGB zurechnen zu lassen. Der Schadenersatzanspruch unterliegt der 30-jährigen Verjährung.

VIII ALLGEMEINE VERFAHRENSFRAGEN

Nachdem nun die Tatbestandsvoraussetzungen eines Anspruchs aus pFV geklärt sind², soll im folgenden auf einige Probleme der Durchsetzung dieser Ansprüche eingegangen werden. Die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen wird ohne gerichtliche Hilfe häufig nicht möglich sein. Wenn die Gerichte angerufen werden, stellen sich im wesentlichen 3 Fragen: Welcher Rechtsweg ist zu beschreiten, welche Klageart ist ggfs. zu wählen, wie verteilt sich die Darlegungs- und Beweislast?

1. Der Rechtsweg

Der Rechtsweg könnte sowohl zu den Zivilgerichten als auch zu den Verwaltungsgerichten³ gegeben sein. Es könnte der Verwaltungsrechtsweg gem. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO gegeben sein.

¹ Vgl. ebenso für das Vereinsrecht Reichert-Dannecker-Kühr, Rdn. 755.

² Vgl. s. oben § 8. I-VII dieser Arbeit.

³ Wenn es sich freilich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handelt, die eine Angelegenheit der Sozialversicherungen ist, greift § 51 Abs. 1 SGG ein; es ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben, vgl.-BSG (U.v. 23.11.71, Az.: 7/2 RU 206/69) in BSGE 33, 213.

a. Auf die Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann man sich allerdings nur dann stützen, wenn die Streitigkeit nicht ausdrücklich einem anderen Gericht zugewiesen ist.¹

Eine derartige Verweisungsvorschrift ist Art. 34 Satz 3 GG. Wie früher auch schon Art. 131 WRV legt Art. 34 Satz 3 GG bei Amtspflichtverletzungen den Rechtsweg dahingehend fest, daß sowohl für den Anspruch des betroffenen Dritten auf Schadensersatz als auch für den Rückgriff der Körperschaft der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden darf.²

Verübt der Organwalter also bei Ausübung seines Amtes eine Amtspflichtverletzung und will ihn die Körperschaft in Regreß nehmen, so sind für dieses Verfahren die Zivilgerichte - das Landgericht³ - zuständig.⁴

Die Rechtswegzuweisung des Art. 34 S. 3 GG ist einschränkend zu interpretieren.⁵ Die Zuweisung in Art. 34 S. 3 GG greift nur dann ein, wenn der Staat (die Körperschaft) auch tatsächlich gem. Art. 34 GG, § 839 BGB Schadensersatz geleistet hat. Die Zuweisung greift dann nicht ein, wenn der Staat dem Dritten auf Grund einer weiteren neben Art. 34 GG,

¹ Vgl. z.B. § 51 Abs. 1 SGG.

² Maunz-Durig-Herzog, Art. 34, Rdn. 41 ff; v. Münch, Art. 34, Rdn. 78; Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 34, Rdn. 11; Hamann-Lenz, Art. 34, Anm. 10; Krause in Gemeinschaftskommentar zum SGB, § 42 SGB IV, Rdn. 20, 24; Feldhaus, S. 163.

³ Vgl. § 71 II 2 GVG.

⁴ Vgl. Krause in Gemeinschaftskommentar zum SGB, § 42 SGB IV, Rdn. 20, 24.

⁵ BVerwG (U.v. 20.9.62, Az.: II C 152/59) in NJW 63, 69(70); ferner Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 34, Rdn. 11; so z.B. bei Ansprüchen aus Amtshaftung und bei Ansprüchen aus dem Beamtenverhältnis.

§ 839 BGB bestehenden Anspruchsgrundlage Schadensersatz leisten mußte und auf Grund der weiteren Anspruchsgrundlage auch Schadensersatz geleistet hat.¹

b. Als weitere Verweisungsvorschrift ist § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO in Betrachtung zu ziehen.

Die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage entfielen dann, wenn es sich bei den vorliegenden Fällen um "Schadensersatzansprüche wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten" im Sinne der dritten Alternative des § 42 Abs. 2 S. 1 VwGO handeln würde.

Will man allein auf den Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO abstellen, so kann es nicht ernstlich zweifelhaft sein, daß § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO auf die Schadensersatzansprüche der Körperschaften gegen ihre Organwalter Anwendung findet.² Mithin wären derartige Rechtsstreitigkeiten den Zivilgerichten zugewiesen.^{3,4}

Andererseits bestehen gegen die Anwendung des § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO gewichtige Bedenken.

¹ BVerwG (U.v. 20.9.62, Az.: II C 152/59) in NJW 63, 69 (70); ferner Schmidt-Bleibtreu-Klein, Art. 34, Rdn. 11; so z.B. bei Ansprüchen aus Amtshaftung und bei Ansprüchen aus dem Beamtenverhältnis.

² Vgl. BVerwG (U.v. 17.2.71, Az.: IV C 86.68) in BVerwGE 37, 231 (234, 235).

³ Diese wörtliche Auslegung wird offensichtlich von Türk, S. 162/163; Bay ObLG (U.v. 8.12.61, Az.: 1 Z 55/59) in Bay ObLGZ 61, 361 geteilt; im Ergebnis - wenngleich mit ausführlicher Begründung - ebenso: Feldhaus, S. 158 ff. widersprüchlich Wallerath in DVBl 71, S. 199 (zu § 14 SvwG) hier verneinend und S. 202 zu § 30 III GONW bejahend.

⁴ Rechtspolitisch ließe sich ergänzend argumentieren, daß zumindest ein Teil der Schadensersatzansprüche - nämlich die Regreßansprüche aus Amtspflichtverletzungen im Zivilrechtsweg zu verfolgen sind, so daß bei dieser am Wortsinne klammernden Auslegung eine Rechtswegspaltung vermieden wäre. Andererseits gibt es das Phänomen der Rechtswegspaltung häufiger. Es wird vom Gesetzgeber toleriert. So sind zwar gem. § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO i.V.m. § 126 BRRG alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis dem Verwaltungsrechtsweg zugewiesen, will der Beamte jedoch den Dienstherrn gem. Art. 34 GG, § 839 BGB in Anspruch nehmen, so muß er die Hilfe des Zivilgerichts in Anspruch nehmen, vgl. dazu Feldhaus, S. 163; daneben besteht freilich noch ein Anspruch aus Verletzung der beamtenrechtlichen Fürsorgepflicht, der vor dem VG verfolgbar wäre.

Schlagwortartig skizziert, läßt sich eine verbreitete Meinung in Literatur und Rechtsprechung dahingehend zusammenfassen, daß von § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO nur Klagen des Bürgers gegen den Staat, nicht aber umgekehrt - wie in den vorliegenden Fällen - auch Klagen des Staates gegen den Bürger erfaßt werden.¹

Um diesen Gedanken nachvollziehen zu können, bedarf es einer Rückschau auf die Genese des § 40 Abs. 2 VwGO. § 40 Abs. 2 VwGO verfolgt den Zweck, die bei Inkrafttreten der VwGO bestehenden traditionellen Zuständigkeiten durch eine ausdrückliche, gesetzliche Zuweisung zu ersetzen. Für die Schaffung der Sonderzuständigkeiten² i.S.v. § 40 Abs. 2 VwGO war maßgeblich, daß die Rechtsverhältnisse i.S.v. § 40 Abs. 2 VwGO ansonsten wegen § 40 Abs. 1 VwGO der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugefallen wären. An Stelle der früheren Zivilprozeßsachen kraft "Überlieferung" ist nun eine - ansich systemwidrige - Sonderzuweisung getreten. Diese systemwidrige Sonderzuweisung findet nach Auffassung des Gesetzgebers³ ihre Rechtfertigung in dem Sachzusammenhang mancher Schadensersatzansprüche im Verhältnis zur Amtshaftung und Enteignung. Amtshaftungsanspruch und Enteignungsentschädigung sind vom Verfassungsgeber den ordentlichen Gerichten zugewiesen (vgl. Art. 34 S. 3, Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG). Es wäre aber ein mißliches Ergebnis gewesen, wenn angesichts der Zuständigkeit der Zivilgerichte beispielsweise wegen eines Schadensersatzanspruchs nach Art. 34 GG, § 839 BGB, diese nicht befugt gewesen wären, etwaige konkurrierende Schadensersatzansprüche aus pFV in die rechtliche Würdigung miteinzubeziehen.⁴

¹ BVerwG (U.v. 17.2.71, Az.: IV C 86.68) in BVerwGE 37, 231 ff (235/236); BVerwG (U.v. 21.2.64, Az.: VI C 8.61) in BVerwGE 18, 73 ff (78); BGH (U.v. 25.2.65, Az.: VII ZR 79/63) in BGHZ 43, 269 (278); Kopp, § 40 VwGO, Rdn. 73; OVG Lüneburg (U.v. 29.3.68, Az.: I A 54/66) in DÖV 68, 803 (805/806); BSG (U.v. 23.11.71, Az.: 7/2 Ru 206/69) in BSGE 33, 209 (213/214).

² z.B. öff.rechtl. Verwahrung, Verletzung von Verkehrssicherung, Aufopferung, Enteignung etc.

³ Vgl. dazu BVerwG (U.v. 17.2.71, Az.: IV C 86.68) in BVerwGE 37, 231 (235) mit umfangreichen Nachweisen.

⁴ Vgl. dazu OVG Lüneburg (U.v. 29.3.68, Az.: I A 54/66) in DÖV 68, 803 (806); BVerwG (U.v. 17.2.71, Az.: IV C 86.68) in BVerwGE 37, 231 (235/236).

Führt man sich diesen Kopplungsgedanken vor Augen, so kommt man zu dem Ergebnis, daß Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten gem. § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO immer dann in die Zuständigkeit der Zivilgerichte fallen, wenn sie gleichzeitig mit Amtshaftungsansprüchen bzw. Entschädigungsansprüchen konkurrieren. In den übrigen Fällen verbleibt es bei der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte.¹

Es erweist sich somit als richtig, den zu weit gefaßten Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 1 VwGO von seinem Sinn und Zweck her einzugrenzen. Denn der Staat hat keine mit der pFV konkurrierende Ansprüche aus Art. 34 GG / § 839 BGB oder gar aus Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG gegen den Bürger und erst recht nicht gegen den Organwalter. Der Organwalter haftet dem Staate nur aus positiver Forderungsverletzung des Organwalterverhältnisses nicht etwa gleichzeitig noch aus Art. 34 GG, § 839 BGB.² Im Bereich der Organwalterhaftung besteht also nicht die Gefahr eines Anspruchs dualismus zwischen Forderungsverletzung und Amtshaftungsanspruch.

Bedauerlich, wenngleich unvermeidbar, ist es, daß im Regreßfalle - wenn die Körperschaft zuvor von Dritten gem. Art. 34 GG, § 839 BGB in Anspruch genommen wurde - die Zuständigkeit der Zivilgerichte aus Art. 34 S. 3 GG gegeben ist. Im übrigen muß der Verwaltungsrechtsweg beschritten werden.⁴

¹ BVerwG in BVerwGE (U.v. 17.2.71, Az.: IV C 86.68) 37, 231 (236); OVG Lüneburg (U.v. 29.3.68, Az.: I A 54/66) in DÖV 68, 803(806).

² Vgl. dazu noch die Ausführungen unter § 10, S. 148.

³ Vgl. hierzu vor allem BSG (U.v. 23.11.71, Az.: 7/2 RU 206/69) in BSGE 33, 209 (214); ferner BGH (U.v. 25.2.65, Az.: VII ZR 79/63) in BGHZ 43, 269 (278).

⁴ Wie hier BSG (U.v. 23.11.71, Az.: 7/2 Ru 206/69) in BSGE 33, 209 (214); Krause in Gemeinschaftskomentar zum SGB, § 42 SGB IV; a.A. Feldhaus, S. 158-162; Türk, S. 162/163; Bay ObLG (U.v. 8.12.61, Az.: 1 Z 55/79) in Bay ObLGZ 61, 355 (361).

2. Die Prozeßführungsbefugnis

In der gemeinderechtlichen Literatur ist stark umstritten, welches Organ, welche Institution ggfs. für einen Schadensersatzanspruch prozeßführungsbefugt ist.¹ Da dies im wesentlichen von der innerkörperschaftlichen Struktur der jeweiligen Körperschaft abhängig ist, kann keine generelle Antwort hierauf gefunden werden. In der Regel wird die Befugnis dem Organ zustehen, das die Körperschaft insgesamt gerichtlich nach außen hin zu vertreten vermag. Allenfalls, wenn das vertretungsberechtigte Organ selbst betroffen ist, mag es vorstellbar sein, daß die Prozeßführungsbefugnis auf die Aufsichtsbehörde übergeht.

3. Die Verfahrensart

Kann die Körperschaft ihren Schadensersatzanspruch im Klagewege (Leistungsklage) und bzw. oder auch durch Leistungsbescheid geltend machen?

Ein Leistungsbescheid gegenüber dem Organwalter wäre nur dann möglich, wenn dieser durch eine gesetzliche Grundlage gedeckt wäre. Dieses Erfordernis ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) in Verbindung mit den in Art. 2 ff GG geregelten Grundrechten.²

Eine derartige gesetzliche Grundlage besteht allerdings nicht, insbesondere vermag das Erstattungs-gesetz³ auf die hier diskutierten Fälle keine Anwendung finden. Das Erstattungsgesetz (vgl. § 1 Erst.G) kommt

¹ Zu § 30 III GONW vgl. beispielhaft Türk, S. 159; ferner Feldhaus, S. 147.

² Vgl. BVerfG (B.v. 28.10.75, Az.: 2 BvR 883/73, 379/74, 497/74, 526/74) in NJW 76, 34 (35); BVerwG (U.v. 13.2.76, Az.: IV C 44/74) in NJW 76, 1516 (1517); VG Bremen (U.v. 15.6.77, Az.: I A 39/77) in NJW 78, 66.

³ V. 18.4.1937, RGBI I, S. 461 ff; vgl. s.o. § 3 I 2, S. 12, Fnte 5.

nämlich erkennbar nur bei solchen Personen zum Zuge, die sich in einem dienstrechtlichen Verhältnis zur Körperschaft befinden.¹ Auf ehrenamtliche Organwalter vermag es keine Anwendung zu finden.

Ob und inwieweit ein Leistungsbescheid quasi gewohnheitsrechtlich möglich wäre, falls zwischen Körperschaft und Organwalter ein subordinationsrechtliches Verhältnis bestünde, kann dahinstehen²; denn zwischen Organwalter und Körperschaft besteht lediglich eine Beziehung von Gleichgeordneten nicht aber von Untergeordneten. Die Körperschaft kann deshalb nur im Wege der Leistungsklage vorgehen.³

4. Beweislast

Wird nun der Schadensersatzanspruch der Körperschaft eingeklagt, so dürfte die Darlegungs- und Beweislast in jenem Verfahren eine entscheidende Rolle spielen; es erscheint deshalb unumgänglich, dieser Frage nachzugehen.

a. Beweislastverteilung

Wie überall, so gilt auch im Bereich der Organwalterhaftung die Grundregel, daß jede Partei die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen einer ihr günstigen Rechtsnorm trägt.⁴ Dies bedeutet für die Körperschaft, daß sie alle rechtsbegründenden Tatsachen einer pFV des Organwalterverhältnisses darlegen und notfalls bewei-

¹Feldhaus, S. 156; Heuser-Kobel, § 1 ErstG, Anm. 4, S. 81.

²Vgl. hierzu VG Bremen (U.v. 15.6.77, Az.: I A 39/77) in NJW 78, 66.

³Inzidenter auch BSG (U.v. 23.11.71, Az.: 7/2 Ru 206/69) in BSGE 33, 209 ff.

⁴Thomas-Putzo, Vorb. zu § 284, Anm. 7d; Baumbach-Lauterbach, Anhang nach § 282, Anm. 2.

sen muß¹, während der Organwalter die rechtshindernden, rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Tatsachen beweisen müßte (z.B. Verjährung)².

In der Literatur wird deshalb vielfach die Ansicht vertreten, daß Schadensersatzansprüche gegenüber dem Organwalter in der Praxis kaum durchsetzbar seien.³ Die Gerichtspraxis beweist es: Schadensersatzprozesse sind für den Geschädigten häufig ein kaum kalkulierbares Risiko. Im Bereich der Organverwaltung werden Beweisschwierigkeiten vor allem aber dann auftreten, wenn die Körperschaft durch einen Beschluß eines Kollegialorgans geschädigt wurde. Im Folgenden soll deshalb speziell bei Beschlüssen von Kollegialorganen geprüft werden, ob der Körperschaft nicht in irgendeiner Form Beweiserleichterungen zu Gute kommen können.

Die verschiedenen gesetzlich geregelten Ausnahmen⁴ sind alle nicht direkt für das Organwalterverhältnis geschaffen worden, so daß allenfalls eine analoge Anwendung in Betracht kommt.

aa. Anwendbarkeit des § 830 BGB

§ 830 BGB behandelt drei Fälle der Beteiligung mehrerer Personen an einer unerlaubten Handlung: die gemeinschaftliche Begehung (Mittäterschaft, § 830 Abs. 1 S. 1 BGB), die Beteiligung (sog. Haftung aus alternativer Kausalität, § 830 Abs. 1 S. 2 BGB) und die Fälle der Anstiftung und Beihilfe (§ 830

¹ Also alle Voraussetzungen gem. § 6 I-VI.

² Thomas-Putzo, Vorb. zu § 284, Anm. 7d; Baumbach-Lauterbach, Anhang nach §. 282, Anm. 2.

³ Egger, S. 120, Fnte 1; Hurst, Die Gemeinde 1962, S. 132; Lederer, Bay. Bürg. 1949, S. 6; Hofmann-Beth-Dreibus, § 30 rh-pf. GO, Anm. 5.

⁴ Vgl. z.B. §§ 282, 285, 830, 831 Abs. 1 S. 2, 832 Abs. 1, S. 2, 833 S. 2, 834 S. 2, 836, Abs. 1 S. 2 BGB.

Abs. 2 BGB)¹. Wie sich bereits aus der Stellung von § 830 BGB im Gesetz ergibt, ist sein Anwendungsbe-
reich allein das Recht der unerlaubten Handlung.²
Eine entsprechende Anwendung von § 830 BGB über den
Kreis der unerlaubten Handlungen hinaus ist deshalb
nur mit äußerster Zurückhaltung möglich.³

Es handelt sich hier um einen Schadensersatzanspruch
aus einem Schuldverhältnis, derartige Ansprüche
sind mit Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen nicht
vergleichbar.

§ 830 BGB kann deshalb im Bereich der Pflichtver-
letzungen des Organwalterverhältnisses keine Anwen-
dung finden.⁴

bb. Anwendbarkeit von § 282 BGB

Stattdessen bietet sich eine entsprechende Anwendung
von § 282 BGB an, da es sich bei § 282 BGB um eine
Vorschrift aus dem Bereich der Schuldverhältnisse

¹ Ob § 830 BGB eine bloße Beweislastregel darstellt (so wohl
BGH (U.v. 1.10.57, Az.: VI ZR 215/56) in BGHZ 25, 271 (274) oder
ob § 830 sogar eine echte Haftungsnorm ist (vgl. Mertens,
in Münchener Kommentar, § 830, Rdn. 1,2), soll hier offen-
bleiben.

² Mertens, in Münchener Kommentar, § 830, Rdn. 21,26; Weckerle,
S. 57/58; BGH (U.v. 1.10.57, Az.: VI ZR 215/56 in BGHZ 25,271
(274); BGH (U.v. 15.10.60, Az.: VI ZR 7/60) in BGHZ 33, 286
(291/292); BGH (U.v. 5.10.65, Az.: VI ZR 96, 97 (64) in VersR
65, 1198 (1201).

³ Palandt-Thomas, § 830, Anm. 3f; BGH (U.v. 15.12.70, Az.: VI ZR
121/69), in BGHZ 55, 96 (99).

⁴ Im Ergebnis ebenso Feldhaus, S. 129/130. Feldhaus vertritt für
§ 30 III GONW zwar die Auffassung, daß § 830 BGB grundsätzlich
zur Anwendung kommen könne, er lehnt im Ergebnis die Anwendung
deshalb ab, weil die Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere
bei § 830 I S. 2 BGB nicht gegeben seien. § 830 I S. 2 BGB
finde nur dann Anwendung, wenn sich nicht ermitteln lasse - und
zwar objektiv -, wer von den Ratsmitgliedern den Schaden verur-
sacht habe. Solange aber objektiv festgestellt werden könne,
welche Ratsmitglieder den Schaden verursacht hätten, komme
§ 830 I S. 2 BGB nicht zur Anwendung. Dies sei regelmäßig
der Fall.

handelt.¹ § 282 BGB paßt zwar seinem Wortlaut nach nur auf die Fälle der Unmöglichkeit, § 282 BGB wird aber auch auf die Fälle der positiven Forderungsverletzung, also auf die Fälle der Verletzung von Haupt- und Nebenpflichten, übertragen.² Der Rechtsgedanke des § 282 BGB gilt anerkanntermaßen auch im öffentlichen Recht.³

Nach dem Wortlaut des § 282 BGB muß der Schuldner nur beweisen, daß er die Pflichtverletzung nicht verschuldet hat. Dies gilt auch, wenn der Organwalter nur für eine bestimmte Schuldform einzustehen hat (z.B. Vorsatz und/oder grobe Fahrlässigkeit); er muß dann beweisen, nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt zu haben.⁴

cc. Beweislastumkehr?

Bleibt man dem Wortlaut von § 282 BGB streng verpflichtet, so müßte die Körperschaft die Pflichtverletzung, den Schaden und den Kausalzusammenhang zwischen Pflichtverletzung und Schaden darlegen und beweisen.⁵ Dieses Ergebnis befriedigt nicht, weil die betroffene Körperschaft oftmals die tatsächlichen Vorgänge im Kollegialorgan nicht kennt und nur sehr schwer nachvollziehen kann, ob (z.B. beim Abstimmungsverhalten) eine Pflichtverletzung des Organwalters vorgelegen hat oder nicht. Die Körperschaft weiß meist gar nicht wie der Organwalter abgestimmt hat.

¹ Emmerich., in Münchener Kommentar, § 282, Rdn. 4; § 282 BGB gilt für alle vertraglichen und gesetzlichen Schuldverhältnisse.

² Palandt-Heinrichs, § 282, Anm. 2; Emmerich, in Münchener Kommentar, § 282, Rdn. 1, 2.

³ Palandt-Heinrichs, § 282, Anm. 3; BGH (U.v. 13.10.77, Az.: III ZR 122/75) in MDR 78, 298 (299); Emmerich, in Münchener Kommentar, § 282, Rdn. 8; vgl. auch Prölss, VersR 64, 901 (902, Fntes)

⁴ Emmerich, in Münchener Kommentar, § 282, Rdn. 11; Palandt-Heinrichs, § 282, Anm. 1a.

⁵ Palandt-Heinrichs, § 282, Anm. 2; Prölss, VersR 64, 901/902.

Diese Situation der Körperschaft ist aber auch bei sonstigen Schadensersatzprozessen, die mit der Organwalterhaftung ^{nichts} zu tun haben, ein häufiges Phänomen. Der geschädigte Gläubiger weiß in vielen Fällen gar nicht, durch welchen objektiven Tatbestand (die Pflichtverletzung) der Schaden verursacht worden sein könnte. Hieraus ist von der Rechtsprechung gefolgert worden, daß es dem Geschädigten nicht zuzumuten sei, einen Beweis über Umstände und Tatsachen zu führen, die außerhalb des Gefahrenkreises des Geschädigten liegen und deshalb dem Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung und in der Regel auch seiner Sachkenntnis entzogen sind.^{1,2}

In den geschilderten Fällen führt die vom BGH praktizierte Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen dazu, daß sich die Darlegungs- und Beweislast des Geschädigten verkürzt. Der Geschädigte muß lediglich darlegen und beweisen, daß die Schadensursache aus dem Gefahrenkreis des in Anspruch genommenen Schädigers stammt (bzw. stammen kann) und nicht etwa aus der eigenen Risikosphäre oder der eines Dritten herrührt. Der Geschädigte muß ferner die Höhe des entstandenen Schadens darlegen und beweisen.³

¹ Der BGH hat dabei zunächst die Frage offengelassen, ob die Beweislastumkehr aus § 282 BGB gefolgert werden könne oder schlicht ein Gebot der Gerechtigkeit sei, vgl. dazu BGH (U.v. 18.12.52, Az.: VI ZR 54/52) in BGHZ 8, 249 (241); BGH (U.v. 11.2.57, Az.: VII ZR 256/56) in BGHZ 23, 288 (290). Zur Entwicklung in der Rechtsprechung vgl. Prölis, VersR 64, 901 ff.

² Palandt-Heinrichs, § 282, Anm. 2; Emmerich, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 275, Rdn. 299 ff, 300; Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 134; Prölis, VersR 64, 901 ff; BGH (U.v. 23.10.58, Az.: VII ZR 22/58) in BGHZ 28, 251 (253, 254); BGH (U.v. 17.2.64, Az.: II ZR 98/62) in BGHZ 41, 151 (153); BGH (U.v. 8.5.58, Az.: II ZR 304/56) in BGHZ 27, 236 (238).

³ Vgl. dazu insbesondere BGH (U.v. 8.5.58, Az.: II ZR 304/56) in BGHZ 27, 236 (238) sowie die weiteren Nachweise in der vorhergehenden Fußnote; vgl. ferner BAG (U.v. 11.11.69, Az.: 1 AZR 216/69) in VersR 70, 191; ferner OLG Düsseldorf (U.v. 12.10.65, Az.: 4U 166/65) in NJW 66, 736 (737).

Ob diese Tendenz der Rechtsprechung auf die vorliegende Fallgestaltung übertragbar ist, bedarf der Überprüfung. Eine Untersuchung aufgrund der hier einschlägigen Rechtsprechung ist schwierig, da Fälle, in denen es um die Haftung aus Kollegialentscheidungen ging, kaum existieren.

Das Reichsgericht¹ hat eine Umkehr der Beweislast in einem besonderen Einzelfall verneint.

Das Urteil verhält sich zur Staatshaftung des Staates Preußen wegen des rechtswidrigen Erlasses eines Haftbefehls durch ein Schöffengericht. Das Reichsgericht hat zunächst ausgeführt, daß nach den damaligen gesetzlichen Bestimmungen eine Staatshaftung nur für ein Fehlverhalten des (beamteten) Vorsitzenden, nicht aber auch für die beiden Schöffen in Betracht kam. Das Reichsgericht vertrat die Ansicht, der Kläger müsse deshalb eine Pflichtverletzung und ein Verschulden des Vorsitzenden darlegen und beweisen, da die beiden Schöffen den Vorsitzenden auch überstimmt haben könnten.

Für die Gegenmeinung ließe sich ein Urteil des preussischen Obergerichts² anführen. Hierin wird ausgeführt, daß einen Beamten als Mitglied eines Kollegialorgans die volle dienststrafrechtliche Verantwortung für Kollegialbeschlüsse treffe, und zwar solange, bis der einzelne Beamte hinsichtlich seiner Beteiligung den Beweis des Gegenteils erbracht habe.²

Die beiden zitierten Entscheidungen kennzeichnen aber nur die gegensätzlichen Standpunkte, ohne sich mit dem Problem generell auseinanderzusetzen. Bevor entschieden werden kann, ob die vom BGH praktizierte Beweislastverteilung nach Gefahrkreisen auch auf die hier zur Diskussion stehenden Fälle übertragbar ist,

¹RG (U.v. 17.10.16, Az.: III 127/16) in RGZ 89, 13 (15);

²verneinend auch Palandt-Thomas, § 839, Anm. 11a, a.E.

pr. OVG (U.v. 16.1.35, Az.: I D 59, 60/34) in JW 1935, 1653.

sollen kurz die drei wesentlichen Gründe für eine Beweislastumkehr dargestellt werden.

- Den BGH-Urteilen¹ lagen jeweils Fallgruppen (nicht nur Einzelfälle) zugrunde.² Für jede Fallgruppe war es charakteristisch, daß sich die Gläubiger in Beweisnot befanden, weil die Schadensursache aus der Sphäre des Schuldners stammte und deshalb von den Gläubigern kaum zu ermitteln war. Dieser Beweisnotstand soll es deshalb in jeweils gleichgelagerten Fällen rechtfertigen, das Risiko der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts dem Schuldner aufzuerlegen, denn sonst verliefen die Schadensersatzansprüche der Gläubiger regelmäßig im Sande.³
- Andererseits ist es aus den genannten Gründen gerecht, dem Schuldner die Beweislast für die aus seinem Gefahrenkreis hervorgehenden Umstände aufzuerlegen, denn er kann die in seinem Risikobereich liegenden Ursachen besser übersehen und aufklären.⁴
- Schließlich mag bedacht werden, daß Schadensersatzansprüche nicht nur dem Restitutionsverlangen dienen sollen, sondern auch präventiven Charakter haben. Die Abschreckungsfunktion wäre aber nicht mehr gegeben, wenn der Schuldner angesichts der ungünstigen Beweislast für den Gläubiger erkennt, daß ein Schadensersatzanspruch kaum Risiken in sich birgt. Der Schuldner wird sich folglich kaum, zumindest aber weniger bemühen, den Gläubiger vor Schäden zu bewahren.⁴

¹ Vgl. die verschiedenen Nachweise auf S.141, Fußnoten 1,2

² Palandt-Heinrichs, § 282, Anm. 2; Prölss, VersR 64, 901 (903).

³ Prölss, VersR 64, 901 (903).

⁴ Prölss, VersR 64, 901 (904); Larenz, NJW 59, 865 ff; Weckerle, S. 21; vgl. im übrigen auch Mertens, in Münchener Kommentar, Vorb. zu §§ 823-853, Rdn. 31.

Schädigungen der Körperschaften anlässlich von Entscheidungen von Kollegialorganen wird man sicherlich als eine besonders gelagerte Fallgruppe ansehen können. Entscheidend ist jedoch, ob die gedachte Pflichtverletzung (z.B. das Abstimmungsverhalten) als Schadensursache dem Risikobereich des Organwalters zuzurechnen ist, hierzu mag man sich die praktischen Auswirkungen vor Augen führen. Die Entscheidung eines Kollegiums läßt häufig nicht erkennen, ob sie einstimmig, mit Mehrheit oder mit knapper Mehrheit ergangen ist. Die Tatsache des Zustandekommens eines Beschlusses bedeutet aber immer, daß eine Mehrheit der Organwalter hinter der Entscheidung steht. Nach außen tritt die Entscheidung des Organs als Willensäußerung des gesamten Kollegiums in Erscheinung: "Der Bundestag hat... beschlossen", "der Rat der Stadt M. hat beschlossen...". Deswegen muß sich jeder Organwalter den Beschluß zunächst einmal auch als eigene Willenserklärung zurechnen lassen.¹

Noch wichtiger ist, daß die geschädigte Körperschaft selbst kaum Beweise zu erbringen vermag. Der Organwalter kennt dagegen den Verlauf der Beratungen in den Ausschüssen und Fraktionen, er weiß, welchen Beschlüssen er zugestimmt hat und er kann sich regelmäßig durch die Benennung von Zeugen und durch die Vorlage von anderem Beweismaterial (z.B. interne Arbeitspapiere) entlasten. Schließlich darf nicht übersehen werden, daß der überstimmte Organwalter darüberhinaus besonders in Zweifelsfällen die Möglichkeit hat, seine abweichende Stimme durch ein Sondervotum im Protokoll (Protokollerklärung) akten-

¹ Feldhaus, S. 132.

kundig zu machen.¹ Die (etwaige) Pflichtverletzung liegt also eindeutig im Gefahrenkreis des Organwalters.

Es erscheint deshalb als ein Gebot der Gerechtigkeit, die Darlegungs- und Beweislast der anspruchstellenden Körperschaft auch über den Wortlaut von § 282 BGB hinausgehend zu verkürzen.² Demzufolge beschränkt sich die Darlegungs- und Beweislast der Körperschaft darauf, daß der Inanspruchgenommene im Zeitpunkt der Schadensverursachung Organwalter war und daß die Schadensursache in den Geschäftsbereich des Kollegialorgans fällt, dessen Mitglied der Organwalter ist. Soweit es um das Abstimmungsverhalten eines Organwalters bei einer Kollegialentscheidung geht, mag zusätzlich gefordert werden, daß die Körperschaft darlegen und beweisen muß, daß der Organwalter an der inkriminierten Sitzung des beschlußfassenden Kollegialorgans teilgenommen hat.^{3,4} Hinsichtlich der Schadenshöhe trägt die Körperschaft die Beweislast.

dd. Anwendbarkeit des § 287 ZPO

Eine wesentliche Beweiserleichterung bietet § 287 ZPO. § 287 ZPO ist über §§ 108 I, § 173 VwGo auch im öffentlichen Recht - insbesondere im Verwaltungsprozeß - entsprechend anwendbar.⁵

¹ Feldhaus, S. 133/134.

² Ob die weitere Beweislastverkürzung aus dem Sinn und Zweck des § 282 BGB abzuleiten ist oder ein Gebot der Gerechtigkeit ist, soll offen bleiben (vgl. z.B. BGH (U.v. 18.12.52, Az.: VI ZR 54/52) in BGHZ 8, 239 (241); ferner Prölis, VersR 64, 901 (903).

³ Feldhaus, S. 132/133.

⁴ Zu den Anforderungen an den Entlastungsbeweis des Schuldners im Rahmen von § 282, vgl. allgemein Palandt-Heinrichs, § 282, Anm. 2 und Anm. 2b.

⁵ Baumbach-Lauterbach, § 287, Anm. 5, vgl. § 173 VwGo.

In § 287 ZPO ist geregelt, daß das Gericht nach freier Überzeugung entscheiden kann, ob ein Schaden entstanden ist und welche Höhe er bejahendenfalls hat. Die Bedeutung des § 287 ZPO liegt also darin, dem Gläubiger hinsichtlich des Schadens die Darlegungs- und Beweislast zu erleichtern. Das Gericht braucht hinsichtlich der Entstehung des Schadens und seiner Höhe nicht voll überzeugt sein. Damit wird der Körperschaft vor allem insoweit geholfen, als sie den hypothetischen Kausalverlauf (wie wären die Dinge ohne die Pflichtverletzung des Organwalters verlaufen?) nur annähernd beweisen muß.¹

b. Zulässigkeit der Beweiserhebung

Bei Kollegialorganen mag die Zulässigkeit einer Beweiserhebung dann zu Bedenken Veranlassung geben, wenn Gegenstand der Beweiserhebung eine geheime Abstimmung ist. So wird teilweise die Auffassung vertreten, das Wesen der geheimen Abstimmung verbiete es, Beweiserhebungen durchzuführen.²

Ob der Sinn und Zweck der geheimen Abstimmung gerichtlichen Beweiserhebungen entgegensteht, ist allerdings fraglich. Für die Zulässigkeit einer gerichtlichen Beweisaufnahme spricht zunächst, daß der Abstimmende anerkanntermaßen auf die Geheimhaltung seiner Stimmabgabe verzichten kann, sei es, daß er sie durch eine Protokollerklärung oder sonst wie kundtut.³ Im übrigen will die geheime Abstimmung lediglich gewährleisten, daß der Abstimmende - im Gegensatz zu der offenen Abstimmung - frei, unbeobachtet und vor allem unbeeinflußt seine Stimme abgeben

¹ Grunsky, in Münchener Kommentar, Vorb. zu § 249, Rdn. 140; im übrigen wird auf die einschlägige Kommentierung zu § 287 ZPO verwiesen.

² Türk, S. 158; unklar Hurst, der jedoch auch bei der geheimen Abstimmung Protokollerklärungen für zulässig erachtet, S. 132.

³ Feldhaus, S. 135; Hurst, S. 132.

kann.^{1,2} Eine Geheimhaltung der Stimmabgabe selbst ist in der Regel nicht bezweckt (anders z.B. bei § 43 DRiG).² Eine etwaige, spätere gerichtliche Beweisaufnahme tangiert den Schutzzweck der geheimen Abstimmung also nicht.

Noch ein zweites Argument spricht für die Zulässigkeit von Beweiserhebungen bei geheimen Abstimmungen. Selbst das Abstimmungsgeheimnis eines Richterkollegiums (gem. § 43 DRiG) findet da seine Grenze, wo durch seine Wahrung anderenfalls die Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung anderer Rechtsgüter in Frage gestellt würde. Höherrangige Rechtsgüter wie z.B. der staatliche Strafanspruch wegen einer vom (Richter-) Kollegium begangenen Straftat oder aber der Schadensersatzanspruch eines Dritten (im Falle des Art. 34 GG, § 839 BGB) bzw. des Staates selbst gebieten es, ausnahmsweise den Grundsatz des Abstimmungsgeheimnisses zu durchbrechen.³ Käme dem Prinzip des Abstimmungsgeheimnisses unbedingte Geltung zu, so könnten Straf-, Amtshaftung- und Regreßverfahren in diesem Bereich nicht mehr geführt werden. Die geheime Abstimmung könnte mißbraucht werden, um sich jeder Verantwortung zu entziehen.

Ergebnis: Bei der Beweisführung kann sich die Körperschaft auf die Grundsätze von § 282 BGB, § 287 ZPO und auf die vom BGH praktizierte Beweislastverteilung nach Gefahrkreisen stützen. Dabei ist auch eine geheime Abstimmung der gerichtlichen Beweiserhebung zugänglich.

¹Vgl. z.B. OVG Koblenz (U.v. 10.7.78, Az.: 7 A 75/78) in BVB1 80, 76 (77) = DÖV 80,61.

²Anders z.B. § 43 DRiG, der die Unabhängigkeit der Richter schützen will und insbesondere über das Beratungsgeheimnis verhindern will, daß der Richter Dritten Rede und Antwort stehen muß; vgl. dazu RG (U.v. 13.11.94, Az.: II 3694/94) in RGST 26, 204; ferner Schmidt-Räntsch, DRiG, § 43, Anm. 3.

³Feldhaus, S. 135; zu § 43 DRiG vgl. RG (U.v. 17.10.16, Az.: III 127/16) in RGZ 89, 13 (16); Schmidt-Räntsch, DRiG, § 43, Anm. 7-13; ferner Schmidt-Räntsch, in JZ 58, 329 (333).

4. Teil: Die zivilrechtlichen Haftungsinstitute

Nachdem in Teil 2 und Teil 3 die öffentlich-rechtlichen Haftungsinstitute erschöpfend behandelt wurden, sollen nun die zivilrechtlichen Haftungsnormen näher untersucht werden.

§ 9 Positive Forderungsverletzung eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses (Anstellungsverhältnis)

Das Anstellungsverhältnis zwischen Organwalter und Körperschaft kann im Ausnahmefall privatrechtlich (z.B. durch Dienstvertrag oder Auftrag) geregelt sein¹. Pflichtverletzungen können dann - wegen der Spezialität des Anstellungsverhältnisses² - nur im Rahmen der privatrechtlichen Forderungsverletzung zur Haftung führen. Es gelten dieselben Grundsätze wie bei der öffentlich-rechtlichen Forderungsverletzung.

§ 10 § 839 BGB als Anspruchsnorm?

§ 839 BGB³ eröffnet (zumindest) für den Beamten in gewissen Fällen eine Eigenhaftung.^{4,5} Auf Grund der Entstehungsgeschichte des § 839 BGB ist allerdings zweifelhaft, ob auch die Anstellungskörperschaft

¹ Vgl. s.o. S. 45; ferner Wolff, S. 233; Wolff-Bachof, VR II, § 73 IIIb, S. 35.

² Vgl. dazu oben § 8 II, insbesondere S. 89, Fußnote 4

³ Auf die müßige Streitfrage, ob § 839 BGB eine privatrechtliche oder eine versprengte öffentlich-rechtliche Haftungsnorm im BGB ist, soll nicht eingegangen werden. Die Staatshaftung nach Art. 34 GG, § 839 BGB ist sicher öffentlich-rechtlicher Natur; vgl. dazu Tiemann, Bay VBl 74, 57; Papier, JZ 75, 586 (588); Ruland, Bay VBl 76, 581.

⁴ BGH (U.v. 24.2.64, Az.: III ZR 221/62) in DRiZ 64, 197; Palandt-Thomas, § 839, Anm. 2c.

⁵ Vgl. im übrigen § 35 Abs. 1 Ziffer 1 des Entwurfs eines neuen Staatshaftungsgesetzes, wonach § 839 BGB ersatzlos gestrichen werden soll (BT-Drcks. 9/25).

des Amtsträgers aus § 839 BGB Schadensersatzansprüche gegen den Amtsträger herzuleiten vermag.¹ Ausgehend von der Grundthese des vorigen Jahrhunderts, der Monarch sei als (Mit-)Gesetzgeber und oberster Richter der "Herr des Rechts", folgerte man, dieser könne auch kein Unrecht tun ("the King can do no wrong")². Dieser Gedanke wurde später auf den Rechtsstaat übertragen.² Eine Staatshaftung war deshalb unbekannt. In § 839 BGB sollte ein gewisses Korrektiv geschaffen werden. § 839 BGB regelte (in beschränktem Umfange) die Haftung des pflichtwidrigen Beamten gegenüber dem geschädigten Dritten. § 839 BGB hatte also lediglich den Schutz der Bürger, nicht aber Schadensersatzansprüche des Staates im Auge.³

Ergebnis: Beamter und Staat sind also als Einheit zu betrachten, die Anstellungskörperschaft kann deshalb niemals "Dritter" i.S.d. § 839 BGB sein.⁴

§ 11 Ansprüche der Körperschaft aus unerlaubter Handlung, §§ 823 ff BGB?

I. DER BEAMTETE ORGANWALTER

§ 839 BGB regelt die deliktische Haftung der Beamten. § 839 BGB könnte deshalb als lex specialis die §§ 823 ff BGB verdrängen. § 839 BGB müßte eine ausschließliche Sonderregelung für den Beamten sein. Dies ist zu bejahen, weil § 839 BGB im Hinblick auf den Beamten

¹ -Schäfer
Staudinger, § 839, Rdn. 209; RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) in RGZ 165, 323 (332); Bay ObLG (U.v. 8.12.61, Az.: 1 Z 55/59) in Bay ObLGZ 61, 355 (368).

² Wolff-Bachof, VR I, § 63 I a.

³ -Schäfer
Wie hier: Staudinger, § 839, Rdn. 209; Palandt-Thomas, § 839, Anm. 14; RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) in RGZ 165, 323 (332); BGH (U.v. 31.3.60, Az.: III ZR 43/99) in BGHZ 32, 145 (147); Bay ObLG (U.v. 8.12.61, Az.: 1 Z 55/59) in Bay ObLGZ 61, 355 (368).

⁴ BGH (U.v. 31.3.60, Az.: III ZR 43/99) in BGHZ 32, 145 (147/148).

und seine Tätigkeit als Staatsdiener geschaffen wurde.¹ § 839 BGB erweitert einerseits die allgemeinen Deliktsvorschriften, indem er beispielsweise auch das Vermögen des Geschädigten als solches schützt, andererseits wird die Haftung durch § 839 BGB Abs. 1 S. 2, Abs. 2 und Abs. 3 beschränkt. Die allgemeinen Deliktstatbestände der §§ 823 ff BGB sind deshalb für den Beamten über § 839 BGB ausgeschlossen.²

Ob die §§ 823 ff BGB darüberhinaus auch noch durch die besonderen beamtenrechtlichen Haftungsvorschriften (vgl. z.B. § 46 BRRG, § 78 BBG, etc.) verdrängt werden, braucht aus diesem Grunde nicht weiter erörtert zu werden.³

Ergebnis: Eine Haftung des beamteten Organwalters gegenüber seinem Dienstherrn aus den §§ 823 ff BGB kommt nicht in Betracht.

II. DER EHRENAMTLICHE (NICHT BEAMTETE) ORGANWALTER

1. Haftungsausschluß der §§ 823 ff BGB über § 839 BGB?

§ 839 BGB ist ein Haftungsprivileg, das auch zugunsten des ehrenamtlichen Organwalters eingreifen könnte.

Dieser Gedanke liegt deshalb nahe, weil der Beamtenbegriff im Rahmen der Staatshaftung gem. Art. 34 GG, § 839 BGB eine erhebliche Ausweitung erfahren hat. Der Grund hierfür ergibt sich aber nicht aus § 839 BGB, sondern aus Art. 34 GG. Art. 34 S. 1 GG stellt im Rahmen der Staatshaftung nicht mehr auf die

¹ Vgl. dazu die Ausführungen zu § 10, S. 148.

² -Bachof
Wolff, VR I, § 64 I b 1.; Palandt-Thomas, § 839, Anm. 14; Siebert, DÖV 51, 44 (45); ferner BGH (U.v. 24.2.64, Az.: III ZR 221/62) in DRiZ 64, 197; BGH (B.v. 19.12.60, Az.: GSZ 1/60) in BGHZ 34, 99 (104); Schaefer, SKV 67, 317 (322).

³ Bejahend z.B. Fischbach, § 78, S. 626.

formale Beamteneigenschaft ab¹, sondern leitet etwaige Ersatzansprüche Dritter auch schon dann auf den Staat über, sobald dem Handelnden "öffentliche Gewalt" anvertraut wurde. Damit genießt der Nichtbeamte bei hoheitlichem Handeln ebenfalls die Vorzüge der Staatshaftung.² Kommt jedoch eine Staatshaftung nicht in Betracht, sondern hat der nichtbeamtete Amtsträger privatrechtlich gehandelt, so verbleibt es bei den allgemeinen Vorschriften des BGB: Die Eigenhaftung der Beamten regelt sich nur nach § 839 BGB, die Eigenhaftung der Nichtbeamten regelt sich (gegenüber Dritten) nach den §§ 823 ff BGB.

Ergebnis: § 839 BGB trifft bezüglich der Nichtbeamten keine Aussage und schließt in diesen Fällen die Anwendung der §§ 823 ff BGB nicht apriori aus.

2. Die Problemstellung

Obwohl § 839 BGB bezüglich des Nichtbeamten die Anwendung der §§ 823 ff BGB nicht ausschließt, erwecken zwei Gesichtspunkte Zweifel an einer Haftung des Organwalters aus unerlaubter Handlung. Beide Zweifel haben denselben Ursprung:

Das Recht der unerlaubten Handlung ist - zumindest prima facie - ein Institut des Zivilrechts.³ Das Privatrecht will aber regelmäßig nur das Recht der Privaten untereinander regeln.⁴ Thesenartig in den

¹ Dies folgt schon aus dem Wortlaut von Art. 34 S. 1 GG, ... "jemand"..., vgl. auch Palandt-Thomas, § 839, Anm. 2A m.w.N.; Schaefer, SKV 67, 317 (318); Staudinger-Schäfer, § 839, Rdn. 209; Weimar, MDR 58, 896.

² Palandt-Thomas, S. 839, Anm. 2c; Wolff-Bachof, VR I, § 65 I.b.2.; Siebert, DÖV 51, 44 (45); BVerwG (U.v. 28.1.65, Az.: II C 108/62) in DÖV 65, 670; Schaefer, SKV 67, 317 (319/322); Reuter, in Münchener Kommentar, § 89, Rdn. 21, 22.

³ A.A. z.B. das LG Darmstadt (U.v. 3.2.66, Az.: 6 S 396/65) in NJW 66, 739 (740), das der Auffassung ist, die §§ 823 ff BGB seien neutral, also weder öffentlich noch privatrechtlich.

⁴ BVerfG (B.v. 10.3.76, Az.: 1 BvR 355/67) in BVerfGE 42, 20 (20/31).

Raum gestellt ergeben sich hieraus folgende Überlegungen:

- Kann der Bürger in seiner Eigenschaft als Privatmann gegenüber einem Hoheitsträger als öffentlich-rechtlichem Funktionssubjekt überhaupt eine unerlaubte Handlung begehen? Oder anders gefragt: Wird der Hoheitsträger außerhalb von etwa bestehenden öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen vor Übergriffen des Bürgers auch durch die privatrechtlichen Vorschriften der unerlaubten Handlung geschützt?
- Bejaht man diese erste Frage, so wirft sich das weitere Problem auf, ob die §§ 823 ff BGB nicht aber dann ausgeschlossen sind, wenn, wie im konkreten Fall, eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung (das Organwalterverhältnis) besteht? Man muß also im zweiten Schritt überlegen, ob die Ausübung des Mandats als öffentlich-rechtliches Handeln des Organwalters nicht die Anwendung des Privatrechts ausschließt.

Auch zu diesem Themenkomplex wird eine Fülle verschiedener Meinungen vertreten, über die zunächst ein Überblick gegeben werden soll.

3. Der Meinungsstand

Literatur und Rechtsprechung setzen sich in ganz verschiedener Form und in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen mit den aufgeworfenen Fragen auseinander. Teilweise lehnt man die Anwendung der §§ 823 ff BGB als mit dem öffentlichen Recht unvereinbar völlig ab, teilweise wird sie uneingeschränkt bejaht, vereinzelt wird von analoger Anwendung gesprochen.

a. Die ablehnende Auffassung

Die Vertreter der ablehnenden Haltung lassen sich in 3 Gruppen zusammenfassen:

aa. 1. Gruppe:

Die 1. Gruppe befaßt sich speziell unter dem Gesichtspunkt der Organwalterhaftung mit den §§ 823 ff BGB.

Gönnenwein¹ vertritt beispielsweise die Auffassung, eine bürgerlich-rechtliche Haftung der Gemeinderatsmitglieder verbiete sich wegen des Charakters des Gemeinderats als Volksvertretung.

Einige Autoren meinen, daß es stets einer besonderen öffentlich-rechtlichen Haftungsnorm bedürfe, um den Organwalter haftungsmäßig zur Verantwortung ziehen zu können.²

Wieder andere berufen sich auf die Ausschlußwirkung bestehender öffentlich-rechtlicher Haftungsnormen als Sondernormen gegenüber den zivilrechtlichen Vorschriften.³

bb. 2. Gruppe:

Außerhalb des Bereichs der Organwalterhaftung haben sich Maetzel und in sehr tiefgreifenden Ausführungen vor allem Rupp⁴ und Papier⁵ mit dem Problem der unerlaubten Handlung im öffentlichen Recht beschäftigt. Die drei Autoren sind der Auffassung, die Besonderheiten des öffentlichen Rechts seien mit dem Recht der unerlaubten Handlung unvereinbar.

Maetzel⁶ meint, ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch sei ungeeignet, öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse zu erfassen. Der Restitutionsgedanke der §§ 249 ff BGB lasse sich nur schwer auf das öffentli-

¹Gönnenwein, S. 271/272.

²Hofmann-Beth-Dreibus, GO rh.-pf., § 30, Anm. 5; Rothe, SparkG NW, § 22, Anm. 2.31.

³Z.B. Fischbach, § 78 BBG, S. 626; Krause in Gemeinschaftskommentar zum SGB IV, § 42, Rdn. 16; ferner Feldhaus, S. 111.

⁴Rupp, S. 221 ff.

⁵Papier, S. 23-26.

⁶Maetzel, MDR 65, 989 (1990).

che Recht übertragen. Daß gerade dieses Argument nicht richtig ist, wurde bereits oben ausführlich erörtert: Die Restitution verkürzt sich im öffentlichen Recht auf einen bloßen Geldersatzanspruch.¹

Papier² und vor allem Rupp² gehen von einem anderen Ansatzpunkt aus. Sie untersuchen, ob es im öffentlichen Recht überhaupt Tatbestände gibt, die den §§ 823 ff BGB vergleichbar sind.

Ausgangspunkt für beide Autoren ist zunächst die Überlegung, ob es im öffentlichen Recht absolute Rechte gibt, die den in den §§ 823 ff BGB geschützten Rechten ähnlich sind. Die ablehnende Auffassung lasse sich sicher nicht auf das vereinzelt zu hörende Argument stützen, im öffentlichen Recht gebe es keine absoluten Rechte. Papier weist zutreffend darauf hin, daß diese These im Hinblick auf die Grundrechte des Bürgers unhaltbar sei.³

Allerdings bezweifeln Rupp und Papier die überkommene Auffassung des Zivilrechts, die Tatbestände der unerlaubten Handlung schützten absolute Rechte. Sie verweisen in diesem Zusammenhang auf die offenen Tatbestände in § 823 Abs. 1 BGB (z.B. das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb).⁴

Rupp meint, gerade hieran zeige sich, daß die absoluten Rechte des § 823 Abs. 1 und die ihnen gleichgestellten Rechtsgüter lediglich "brennpunktartige

¹Vgl. BGH (B.v. 19.12.60, Az.: GSZ 1/60) in BGHZ 34, 99 ff; ferner § 8 VII 1, S.112 f.

²Papier, S. 23-26; Rupp, S. 221 ff.

³Papier, S. 23, vgl. vor allem seine Nachweise in Fußnote 27 und 28.

⁴Stichwort: "sonstiges Recht", vgl. dazu Palandt-Thomas, § 823, Anm. 6g, Anm. 15.

Bündelungen", und zwar normative Rechtspflichten des einen gegenüber dem anderen seien.¹ Insbesondere bei den offenen Tatbeständen habe die "Bündelung von Rechtspflichten (häufig) noch nicht die Dichte und Intensität" erreicht, um von einem absoluten Recht sprechen zu können.² Wenn schon das Privatrecht in Wahrheit keine absoluten Rechte, sondern nur gebündelte Rechtspflichten kenne, so verbiete sich eine unbesehene Übernahme in das öffentliche Recht von vorneherein.³ Rupp schreibt:

"In der ganz anderen Umwelt des öffentlichen Rechts lassen sich jene vom Rechtsgutdenken eingeschwemmten 'Rechtsgüter' oder 'rechtlich geschützten Interessen' des Zivilrechts nur als erstarrte 'Rechtsblöcke' dynamischer Rechtsrelationen des Privatrechts begreifen, die, aus ihrem Wurzelgrund gerissen, in sich zusammenfallen, wenn sie in die ganz anders dimensionierte Dynamik des öffentlichen Rechts geraten."⁴

Rupp führt weiter aus, die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit hoheitlichen Verhaltens sei ausschließlich von Normen des öffentlichen Rechts bestimmt, so daß sich ein Rückgriff auf das Zivilrecht verbiete.⁵ Im Verhältnis des Staates zum Bürger müßten deshalb andere Voraussetzungen als im Verhältnis des Bürgers zum Bürger gelten. Der Bürger müsse sich beispielsweise vom Staat stärkere Einschränkungen seines Eigentums gefallen lassen als von einem Privaten.

¹ Rupp, S. 225.

² Rupp, S. 225.

³ Rupp, S. 232/233.

⁴ Rupp, S. 233.

⁵ Im Ergebnis ähnlich: Maetzel, MDR 65, 989 (990).

"Ob und in welchem Umfange die Sphäre, die man gemeinhin als 'Eigentum' bezeichnet, auch gegenüber der aus der Gemeinschaftsfunktion abgeleiteten Staatsgewalt geschützt ist, bestimmt, ausschließlich das diese Relation beherrschende Recht, also das öffentliche Recht."¹

Das letzte Zitat zeigt deutlich, daß sich Rupp nur mit der Frage befaßt, welche Ansprüche der Bürger gegenüber dem Staate herzuleiten vermag, er läßt offen, ob sich der Staat als Hoheitsträger bei Eingriffen des Bürgers, dem Bürger gegenüber anderen oder den gleichen Beschränkungen ausgesetzt sieht als die Bürger untereinander. Unbeantwortet bleibt vor allem die Frage, welche Reaktionsansprüche dem Staate gegenüber dem Bürger außerhalb bestehender Sonderverbindungen² zustehen.

cc. 3. Gruppe:

Schließlich seien noch Bethge³ und Frotscher⁴ erwähnt. Beide beschäftigen sich allerdings nur mit Beeinträchtigungen bzw. Beschädigungen oder Zerstörungen von öffentlichen Sachen durch den Bürger. Ohne an die Gedanken Rupp's oder Papiers anzuknüpfen, kommen beide unabhängig voneinander zu dem Ergebnis, die §§ 823 ff BGB seien im öffentlichen Recht unanwendbar.

Wenn der Bürger die öffentliche Zweckbindung einer Sache stört, so will Frotscher dem öffentlich-rechtlichen Sachherrn einen öffentlich-rechtlichen Ersatzanspruch zubilligen, soweit dem Sachherrn ein Schaden

¹ Rupp, S. 223/224; vgl. im übrigen Papier, S. 25, der die Frage offen läßt, ob die §§ 823 ff BGB analog oder aber gar nicht anwendbar sind.

² Vgl. dazu s. oben §§ 7, 8 dieser Arbeit.

³ Bethge, Die Verwaltung, 1977, 313 (324 f).

⁴ Frotscher, VerwArch 71, 153 (163 ff).

entstanden ist. Die näheren Voraussetzungen eines solchen Ersatzanspruchs bleiben allerdings ungeklärt. Grundlage des Anspruchs soll das "Ausgleichsprinzip" als allg. Rechtsgrundsatz sein. Dieser bedürfe keiner positiv-rechtlichen Regelung.¹ Eine direkte Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB (Stichwort: "sonstiges Recht") wegen der Störung der Öffentlich-rechtlichen Zweckbindung lehnt Frotischer ab. Die Öffentlich-rechtliche Zweckbindung sei eine öffentliche Dienstbarkeit, auf die das Privatrecht keine Anwendung finden könne. Eine analoge Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB sei nicht möglich, da die Interessenlage und der Normzweck des § 823 BGB im öffentlichen Recht keine Entsprechung finden könne.²

Bethge greift einen Aspekt der "öffentlichen Sache" heraus: Das Hausrecht.³ Er argumentiert ähnlich wie Frotischer, da er dem Öffentlich-rechtlichen Sachherrn auch einen Öffentlich-rechtlichen Reaktionsanspruch im Störfalle zugestehen will. Bethge stellt sich dabei auf den Standpunkt, daß der Öffentlich-rechtliche Funktionsträger nicht nur mit Kompetenzen zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben ausgerüstet sei (sog. Primärfunktion / Primärkompetenz), sondern, daß dem Hoheitsträger, der zur ordnungsgemäßen Aufgabenerfüllung verpflichtet sei, als Annexkompetenz auch ein Öffentlich-rechtlicher Reaktionsanspruch zustehe (sog. Sekundärfunktion).^{4,5}

¹ Frotischer beruft sich dabei unzutreffenderweise auf Menger, Gedächtnisschrift für Jellinek, S. 350 ff, vgl. VerwArch 71, 153, S. 163 ff.

² Vgl. Frotischer, VerwArch 71, 153 (163), Fußnote 36.

³ Das öffentliche Hausrecht ist Gegenstand eines heftigen Meinungsstreits, dem hier aber nicht nachgegangen werden kann, vgl. z.B. Knemeyer, DÖV 71, 303 f m.w.N.

⁴ Bethge, Die Verwaltung, 1971, 313 (324 f) mß zahlreichen weiteren Nachweisen zur Hausrechtsproblematik.

⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang auch den von Hoppe im Rahmen der sog. "Organstreitigkeiten" erörterten "Reaktionsanspruch im Innenbereich", den Hoppe zur Abwehr einer innerorganisatorischen Störung (also von fehlerhaften Organakten) nutzen will wegen der Einzelheiten, vgl. Hoppe, Organstr., S. 191 ff; ferner Hoppe, DVBl 70, 845 (848 f).

b. Die analoge Anwendung der §§ 823 ff BGB

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, das Recht der unerlaubten Handlung finde im Bereich öffentlich-rechtlicher Beziehungen analoge Anwendung.¹

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Landgerichts Darmstadt aus dem Jahre 1966.² Das Landgericht Darmstadt hatte über den Anstellungsbetrug eines Bundeswehrsoldaten zu entscheiden. Nach Auffassung des Gerichts kam es hinsichtlich des Rechtsweges entscheidend auf die Charakterisierung der Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien an.

Das Gericht meint, unerlaubte Handlungen und die aus ihnen folgenden Schadensersatzansprüche des Verletzten hätten aus sich selbst heraus weder einen bürgerlichen noch einen öffentlich-rechtlichen Charakter. Insbesondere könne aus der Tatsache, daß das Recht der unerlaubten Handlungen vorwiegend in den §§ 823 ff BGB geregelt sei, nicht auf einen bürgerlich-rechtlichen Charakter aller auf diese Vorschriften gestützten Schadensersatzansprüche geschlossen werden. Nur wenn sich Schädiger und Verletzter im Rechtsleben - wie meistens - einander gleichberechtigt gegenüberstünden,

¹ Zu den Befürwortern einer Analogie gehören: OLG Karlsruhe (U.v. 10.4.74, Az.: 12 U 111/73) in NJW 74,1824; LG Darmstadt (U.v. 3.2.66, Az.: 6 S 396/65) in NJW 66,739(740); Feldhaus, S.111, der allerdings die §§ 823 ff BGB im Bereich des nordrhein-westfälischen Kommunalrechts deshalb nicht analog anwenden will, weil § 30 III GONW lex specialis sei; vgl. ferner Papier, der auf S. 23 zutreffend darauf hinweist, daß die §§ 823 ff BGB auch dem Träger der öffentlichen Gewalt Pflichten auferlegen, Papier läßt aber offen, ob die §§ 823 ff BGB analog oder aber wegen der Besonderheiten des öffentlichen Rechts gar nicht anwendbar sind, vgl. S. 25, siehe dazu oben S.154. Zweifelnd auch Kuhn, StT 1967, 538.

² LG Darmstadt (U.v. 3.2.66, Az.: 6 S 396/65) in NJW 66, 739 (740). Beachtenswert ist aber auch das Urteil des OLG München (U.v. 8.4.65, Az.: 1 U 616/65) in MDR 1965, 988, das bei einem gleichen Sachverhalt davon ausgeht, die §§ 823 ff seien direkt nicht, aber analog anwendbar.

seien auch die durch die unerlaubte Handlung begründeten Rechtsfolgen bürgerlich-rechtlicher Natur. Würden dagegen im Rahmen des allgemeinen oder auch im Rahmen eines besonderen Gewaltverhältnisses, wie es zwischen dem Staat oder einem anderen Hoheitsträger einerseits und dem Bürger andererseits bestehe, unerlaubte Handlungen begangen, so seien auch die entsprechenden Schadensersatzansprüche öffentlich-rechtlicher Natur.¹ Das Landgericht Darmstadt führt weiter aus, daß es keine Veranlassung sehe, zwischen Ansprüchen des Bürgers gegen den Staat aus § 839 BGB und Ansprüchen des Staates gegen den Bürger zu differenzieren. Die innere Natur der wechselseitigen Schadensersatzansprüche sei öffentlich-rechtlich.¹

c. Die privatrechtliche Auffassung

Die Befürworter einer unmittelbaren Anwendung der §§ 823 ff BGB sind im Bereich des Kommunalrechts am häufigsten zu finden. Die Anwendbarkeit der privatrechtlichen Vorschriften wird leider ohne weitere Reflexion stillschweigend unterstellt.² Teilweise wird auch die Auffassung vertreten, die §§ 823 ff BGB seien zwar grundsätzlich anwendbar, griffen aber im Ergebnis mangels Tatbestandsmäßigkeit nie oder nur selten ein.³

¹ Siehe LG Darmstadt (U.v. 3.2.66, Az.: 6 S 396/65) in NJW 66, 739(740) und die gegenteilige Entscheidung des OLG München (U.v. 8.4.65, Az.: 1 U 616/65) in MDR 65, 988; vgl. im übrigen die Entscheidung des OLG Karlsruhe (U.v. 10.4.74, Az.: 12 U 111/73) in NJW 74, 1824 f.

² Zu diesen Befürwortern zählen: Wallerath, DVBl 71, 197 ff (202); Kottenberg-Rehn, § 30 III 3; Türk, S. 164; Kunze-Schmid, § 32 GO Ba-Wü, Anm. 15; Helmreich-Widtmann, Art. 20 bay.GO, Anm. 3d; Prandl-Zimmermann, Art. 51 bay.GO, Anm. 5; Massons-Samper, Art. 51 bay. GO, Anm. 9; Kuchtnr, Bay.Bürg. 1953, 79; Prandl, Bay. Bürg. 1953, (4) 6/7; VG Gelsenkirchen (U.v. 1.7.71, Az.: 1 K 333/70), in Kottenberg-Steffens, Nr. 3 zu § 30 GONW, S. 19; Bay ObLG (U.v. 8.12.61, Az.: 1 Z 55/59) in Bay ObLGZ 61, 355 (360,361).

³ Egger, S. 48, ferner S. 59, Fußnote 1 und S. 120, Fußnote 1; Lederer, Bay. Bürg. 1949, 6(8); Rothe, StuGR 71, 242 (246).

Eine etwas ausführlichere Diskussion findet sich lediglich bei den Autoren des bayerischen Kommunalrechts. Dies hat seinen Grund in Art. 51 Abs. 2 bay GO¹, der allgemein dahin interpretiert wird, daß der Freistaat Bayern wegen Art. 31 GG nicht die Befugnis habe, die kommunalen Organwalter durch ein einfaches Landesgesetz aus der zivilrechtlichen Haftung zu entlasten.²

Aber auch in der sonstigen Literatur und Rechtsprechung finden sich positive Stimmen, die die §§ 823 ff BGB selbst dann anwenden wollen, wenn zwischen Staat und Bürger eine öffentlich-rechtliche Sonderverbindung besteht. Die zivilrechtlichen Vorschriften sollen hiernach bedenkenfrei zur Anwendung kommen. Aber auch hier wird die besondere Problematik der Anwendbarkeit übersehen und nicht weiter erörtert.³

Zwischenergebnis: Die Vielzahl der verschiedenen Rechtsauffassungen erleichtert die Diskussion nicht. Im folgenden sollen deshalb die eingangs aufgeworfenen Fragen wieder aufgegriffen werden: Haftet der

¹ Art. 51 Abs. 2 bay GO (i.d.F. v. 31.5.1978 bay GVBl, 353) lautet: "Kein Mitglied des Gemeinderats darf zu irgendeiner Zeit wegen seiner Abstimmung gerichtlich oder dienstlich verfolgt oder sonst außerhalb des Gemeinderats zur Verantwortung gezogen werden."

² So z.B. Prandl, Bay.Bürg. 1953, 4(6); Kuchtnr, Bay.

Bürg. 1953, 79(80); Massons-Samper, Art. 51 bay GO, Anm. 9; Prandl-Zimmermann, Art. 51 bay GO, Anm. 5; Helmreich-Widtmann, Art. 51 bay GO, Anm. 6.

³ Simons, S. 77, Fußnote 3, begründet die Notwendigkeit der Anerkennung von Schadensersatzansprüchen aus verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen u.a. damit, daß der Bürger dem Staat nur aus §§ 823 ff BGB hafte; S. 98 zweifelt er seine Aussage an, läßt es aber im Ergebnis offen, ob die §§ 823 ff BGB auch auf öffentlich-rechtliche Leistungsbeziehungen Anwendung finden können; Tiemann, Verw Arch 65, 381 (395) meint, der Bürger hafte dem Staat auch im Rahmen von verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnissen aus §§ 823 ff BGB, er beruft sich dabei zutreffend auf die Entscheidung des Reichsgerichts (U.v. 20.4.20, Az.: III 422/19) in RGZ 98, 341 (342); Zuleeg in "Die Rechtsform der Subventionen" bejaht ebenfalls einen Anspruch des Staates gegen den Bürger aus §§ 823 ff BGB, S. 78; im übrigen siehe auch Zuleeg, DÖV 70, 627 (630); ferner Jellinek, S. 345. Das OLG München (U.v. 8.4.65, 1 U 616/65) in MDR 1965, 988, bejaht einen Anspruch gegen einen ehemaligen Bundeswehrsoldaten aus §§ 823 II i.V.m. § 263 StGB wegen Anstellungsbetruges.

Bürger dem Staate aus unerlaubter Handlung, können die §§ 823 ff BGB ggfs. durch ein öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis überlagert werden?

4. Die Haftung des Bürgers aus unerlaubter Handlung

Als vorrangiges Problem drängt sich zunächst die Frage auf, ob der einzelne Staatsbürger dem Staate aus unerlaubter Handlung zu haften vermag. Verneint man dies, so sind kaum noch Argumente denkbar, die dann noch für Haftung des Organwalters aus unerlaubter Handlung sprechen könnten.

a. Unanwendbarkeit des Privatrechts bei öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekten?

Aus den Ausführungen von Rupp¹, wonach öffentliches Recht und Privatrecht strikt voneinander zu trennen seien, könnte gefolgert werden, daß das Privatrecht grundsätzlich nicht mit öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekten in Verbindung gebracht werden kann. Dann würde auch das Recht der unerlaubten Handlungen als Anspruchsgrundlage einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft ausscheiden.

aa. Die Theorie Rupp's¹ basiert nämlich im wesentlichen auf dem Gedanken, daß das Privatrecht lediglich für die Rechtsverhältnisse der Privaten untereinander geschaffen sei.² Das öffentliche Recht sei dagegen ein Sonderrecht, das die öffentlich-rechtlichen Beziehungen des Staates (als Hoheitsträger) im Verhältnis zum Bürger (als Untertan) regelt, daneben habe das Zivilrecht keinen Platz.³ Dies ist richtig, weil an

¹Rupp, S. 221 ff.

²BVerfG (B.v. 10.3.76, Az.: 1 BvR 355/67) in BVerfGE 42, 20 (20/31).

³Wolff-Bachof, VR I, § 22 III.

das staatliche Handeln in der Regel keine zivilrechtlichen Folgen geknüpft werden können, jedenfalls soweit der Staat dem Bürger gegenüber hoheitlich auftritt.¹ Bezüglich der unerlaubten Handlungen kann Rupp sich zu Recht darauf berufen, daß das öffentliche Recht eine Fülle von eigenständigen Rechtsinstituten kennt, die die Wiedergutmachung etwaigen staatlichen Unrechts regeln. Bei hoheitlichen Eingriffen in das Eigentum des Bürgers können diesem beispielsweise Ansprüche aus Aufopferung, Enteignung, enteignungsgleichem Eingriff, Folgenbeseitigung, Amtshaftung usw. erwachsen, und zwar je nachdem, um welche staatliche Maßnahme es sich handelt.² Es liegt auf der Hand, daß eine Konkurrenz der unerlaubten Handlungen zu diesen Rechtsinstituten undenkbar ist. Die Andersartigkeit des staatlichen Handelns gegenüber vergleichbarem privaten Handeln und die hieraus resultierende Spezialität der genannten Rechtsinstitute verbietet förmlich eine Anwendung der §§ 823 ff BGB. Das Recht "der unerlaubten Handlung" wäre tatsächlich "aus seinem Wurzelgrund gerissen", es würde im öffentlichen Recht "sinnlos in sich zusammenfallen".³

Überspitzt formuliert könnte man hieraus den noch zu widerlegenden Schluß ziehen, ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt könne nicht mit dem Privatrecht in Verbindung kommen. Wäre das Schlagwort "das Privatrecht den Privaten" richtig, so wäre dem öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekt ein Anspruch aus unerlaubter Handlung schon deshalb verwehrt, weil der Anspruchsteller ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt und kein Privatrechtssubjekt ist.

¹ Aber: BGH (U.v. 11.10.72, Az.: VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300 und die Ausführungen unter § 12 II, S. 178 ff, vgl. auch § 89 BGB.

² Frottscher, VerwArch 71, 153 (165).

³ Rupp, S. 233.

bb. Diese These läßt sich sicher nicht mit dem Argument ausräumen, das Recht der unerlaubten Handlung sei gar nicht bürgerlich-rechtlicher Natur, sondern quasi wertneutral, so daß man die §§ 823 ff BGB auch in Bereichen öffentlich-rechtlicher Zusammenhänge analog anwenden könne.¹ Entgegen der bereits skizzierten Auffassung des Landgerichts Darmstadt, ergibt sich der Rechtscharakter der unerlaubten Handlung nicht aus dem jeweiligen Gesamtkontext des im Streit stehenden Sachverhalts. Bereits aus der Stellung der Normen im Gesetz folgt, daß der Rechtscharakter der §§ 823 ff BGB zivilrechtlicher Natur sein muß, wenn gleich die §§ 823 ff BGB auch allgemeine Prinzipien der Rechtsordnung zum Ausdruck bringen.² Zweifels- ohne ist deshalb für Klagen aus §§ 823 ff BGB der ordentliche Rechtsweg gem. § 13 GVG gegeben.³

Noch ein weiterer Gesichtspunkt spricht für eine zivilrechtliche Einordnung der unerlaubten Handlungen. Das öffentliche Recht ist ein Sonderrecht.⁴ ist aber eine Privatperson Handlungsträger, so spricht im allgemeinen eine Vermutung für den privatrechtlichen Charakter der Handlung oder des Rechtsverhältnisses.⁵ Lediglich dann, wenn ein Subjekt öffentlicher Verwaltung in seinem Kompetenzbereich gehandelt hat, besteht umgekehrt die Vermutung, daß die Tathandlung oder das Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlichen Charakter hat.⁵

¹ LG Darmstadt (U.v. 3.2.66, Az.: 6 S 396/65) in NJW 66, 739(740).

² OLG München (U.v. 8.4.65, Az.: 1 U 616/65) in MDR 65, 988, ausdrücklich aber vor allem auch KG (U.v. 8.3.74, Az.: 9 W 91/74) in DVBl 74, 379(380); a.A. LG Darmstadt (U.v. 3.2.66, Az.: 6 S 396/65) in NJW 66, 739 (740).

³ KG (U.v. 8.3.74, Az.: 9 W 91/74) in DVBl 74, 379 (380).

⁴ Wolff-Bachof, VR I, § 22 III b 1, S. 102.

⁵ Wolff-Bachof, VR I, § 22 III b 1, S. 102.

Der Charakter der Eingriffe des Bürgers gegenüber dem Staate ist also privatrechtlich, so daß eine analoge Anwendung der §§ 823 ff BGB bei der Problemlösung außer Betracht bleiben muß.

cc. Andererseits muß aber bezweifelt werden, daß die oben aufgestellte These ("ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt dürfe nicht mit dem Privatrecht in Verbindung kommen") von Rupp bei seinen Erörterungen¹ bedacht oder gar gewollt wurde.

Es ist zwar richtig, daß Ansprüche aus Enteignung, Aufopferung, etc. etwaige konkurrierende Ansprüche des Bürgers gegen den Staat aus unerlaubter Handlung ausschließen; man muß aber auch berücksichtigen, daß die besagten Rechtsinstitute immer nur zugunsten des Bürgers eingreifen, und zwar dann, wenn der Staat hoheitlich tätig wurde. Der Staat kann aus den genannten Rechtsinstituten keine Ansprüche gegen den Bürger ableiten.² Dies deutet darauf hin, daß in den geschilderten Fällen der Grund für die Verdrängung der unerlaubten Handlungen nicht darin liegt, daß das Privatrecht, insbesondere das Recht der unerlaubten Handlungen nicht auf öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte anwendbar sei. Rupp's Aussagen müssen vielmehr anders zu verstehen sein.³

Der Hoheitsträger tritt, wenn er hoheitlich tätig wird, dem Bürger in der Regel in öffentlich-rechtlichen Handlungsformen gegenüber. Das öffentlich-rechtliche Handeln des Hoheitsträgers gegenüber dem Bürger verbietet die Anwendung des Privatrechts. Das öffentliche Recht ist eben ein Sonderrecht⁴, das speziell das öffentlich-rechtliche Tätigwerden regelt.

¹Rupp, S. 221 ff.

²Frotscher, VerwArch 71, 153 (165).

³Rupp, S. 221 ff.

⁴Wolff-Bachof, VR I, § 22 III b 1, S. 102.

Im übrigen ist allgemein anerkannt, daß sich der Hoheitsträger auch der Formen des Privatrechts bedienen kann.¹ Die öffentliche Hand hat sogar häufig die Wahl, ob sie ihre öffentlichen Aufgaben hoheitlich oder mit den Mitteln des Privatrechts erledigen will.² Betätigt sich der Staat fiskalisch, so haftet er auch privatrechtlich. Dies folgt bereits aus § 89 BGB. Es ist also nicht so, daß sich der Hoheitsträger nur im öffentlich-rechtlichen Bereich bewegt, sondern es besteht ein Dualismus von privatem und öffentlichem Recht, je nachdem welcher Mittel sich der Hoheitsträger bedient.

Auch der Hoheitsträger kann also grundsätzlich mit dem Privatrecht in Berührung kommen und grundsätzlich wie ein Privater aus Vertrag und aus unerlaubter Handlung haften.³ Im Umkehrschluß läßt sich folgern, daß es dem Staat dann grundsätzlich auch nicht verwehrt sein kann, privatrechtliche Ansprüche, insbesondere gem. §§ 823 ff BGB gegenüber dem Bürger geltend zu machen.⁴

b. Einbeziehung des Hoheitsträgers unter den Schutz der unerlaubten Handlung

Nachdem nun feststeht, daß auch der Hoheitsträger u.U. privatrechtliche Ansprüche gegen den Bürger geltend

¹ Reuter, in Münchener Kommentar, § 89, Rdn. 2 ff; Palandt-Danckelmann, § 89, Anm. 1A; vgl. im übrigen die Grundsatzentscheidung des BGH (U.v. 30.4.53, Az.: III ZR 377/51) in BGHZ 9, 373 ff, sowie die Nachweise bei Wolff-Bachof, VR I, § 23 I a, S. 105.

² Reuter, in Münchener Kommentar, § 89, Rdn. 4; BGH (U.v. 18.12.72, Az.: III ZR 21/70) in NJW 73, 460; Wolff-Bachof, VR I, § 23 I a, S. 105; Erichsen, VerwArch 71, 181 ff, 183, 184.

³ BGH (U.v. 30.4.53, Az.: III ZR 377/51) in BGHZ 9, 373 ff.

⁴ Im übrigen mag bedacht werden, daß Eingriffe des Bürgers gegenüber dem Staat sonst nur über öffentlich-rechtliche Rechtsinstitute geahndet werden könnten. Außerhalb etwaig bestehender Schuldverhältnisse wären derartige Möglichkeiten allerdings begrenzt und sind, wie beispielsweise der von Frotzcher konstruierte öffentlich-rechtliche Ersatzanspruch (VerwArch 71, 153 (165)) zeigt, in der Begründung wenig überzeugend.

machen kann, ist die weitere, entscheidende Frage, ob der Hoheitsträger überhaupt Rechtsgüter zu verteidigen hat, wie sie von den §§ 823 ff BGB geschützt werden. Es liegt auf der Hand, daß eine Verletzung von "Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB auf Seiten des Staates durch den Bürger offensichtlich ausscheidet.

In Betracht käme einzig und allein eine Verletzung des "Eigentums" oder "sonstiger Rechte" (§ 823 Abs. 1 BGB) bzw. eine Vermögensverletzung (§§ 823 Abs. II, 824, 826 BGB).

aa. Bedenken bestehen zunächst, ob die "öffentlichen Sachen" dem Eigentumsbegriff des § 823 I BGB unterliegen.

Im deutschen Rechtskreis hat sich hinsichtlich der öffentlichen Hand die Theorie "vom modifizierten Privateigentum" des Staates entwickelt.¹ Nach dieser allgemein anerkannten Auffassung stehen die öffentlichen Sachen einerseits im Privateigentum und unterliegen damit den privatrechtlichen Regeln. Gleichzeitig besteht auf Grund der Widmung aber auch eine besondere öffentlich-rechtliche Sachherrschaft, die zu der privatrechtlichen Sachherrschaft des Eigentümers hinzutritt.² Aus der öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft ergeben sich für das privatrechtliche Eigentum besondere Beschränkungen (ähnlich einer Dienstbarkeit), die durch das öffentliche Interesse und ihre Zweckdienlichkeit herausgefordert werden.³

¹ So die ganz herrschende Meinung, vgl. statt aller BGH (U.v. 30.4.53, Az.: III ZR 377/51) in BGHZ 9, 373 (383); ferner Wolff, VR I, § 57 I a m.w.N.; Frottscher, VerwArch 71, 153 (154) dort die Nachweise in Fußnote 9.

² Wolff-Bachof, VR I, § 57 I a, S. 493; BGH (U.v. 30.4.53, Az.: III ZR 377/51) in BGHZ 9, 373 (380 f); Frottscher, VerwArch 71, 153 (154), dort Fußnote 6 m.w.N.

³ Wolff-Bachof, § 57 I a, S. 493.

Da das privatrechtliche Eigentum aber neben der öffentlich-rechtlichen Zweckbindung fortbesteht, bestehen keine Bedenken, dem Hoheitsträger einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsverletzung zuzugestehen.¹ § 823 Abs. 1 BGB will das Eigentum gemäß der Privatrechtsordnung schützen, das Gesetz unterscheidet nicht, ob der Inhaber des privaten Rechts ein Hoheitsträger oder ein Zivilist ist.²

Die schwierige Frage, ob der öffentliche Sachherr auch dann einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB (Stichwort: "sonstiges Recht") hat, wenn er nicht zugleich Eigentümer der Sache ist, mag zweifelhaft sein, dieses Problem kann aber offenbleiben, da es hier nur darum geht, ob dem Hoheitsträger überhaupt Ansprüche aus unerlaubter Handlung erwachsen können.³

Andererseits scheiden Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB aus, wenn an der öffentlichen Sache kein Privateigentum im Sinne des BGB besteht, sondern alle Rechtsverhältnisse an der Sache rein öffentlich-rechtlich geregelt sind. Dies läßt sich inzidenter an Hand des hamburgischen Wegegesetzes⁴ nachweisen.

¹ So BVerwG (U.v. 29.5.1967, Az.: IV B 80.65) in DVBl 67, 917 (919); ferner Wolff-Bachof, VR I, § 57 II a 4, S. 496.

² Die Haftung des § 823 Abs. 1 BGB ist objektbezogen, BVerfG (B.v. 10.3.76, Az.: 1 BvR 355/67) in BVerfGE 42, 20 (34).

³ Frotischer, VerwArch 71, 153 (161 ff) will diesen seltenen Fall über einen öffentlich-rechtlichen Ersatzanspruch lösen (dazu siehe oben S. 157). Diese Auffassung, der sich auch Wolff-Bachof, VR I, § 57 II b, S. 497, anschließt, ist jedoch, wie dargelegt, äußerst bedenklich. Konstruktiver wäre es, die öff. Sachherrschaft entweder als sonstiges Recht i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB anzusehen oder aber dem Hoheitsträger einen Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 1027 BGB zuzubilligen. Schließlich wäre auch noch an eine Verpflichtung des Eigentümers zu denken, gegenüber dem Schädiger zugunsten der öff. Hand auf Restitution zu dringen.

⁴ V. 4.4.1961, hamb. GVBl, S. 117.

§ 4 Abs. 1 des hamburgischen Wegegesetzes¹ schafft das neue Rechtsinstitut des "öffentlichen Eigentums", er bestimmt, daß im Bereich der Hansestadt Hamburg alle Grundflächen, die Wegen oder Straßen gewidmet sind, im "öffentlichen Eigentum" der Hansestadt stehen.³ Die Vorschriften des BGB finden auf dieses "öffentliche Eigentum" ausdrücklich keine Anwendung (§ 4 Abs. 1, S. 4 hamb. WegeG). Konsequenterweise normiert § 55 hamb. WegeG eine besondere Schadensersatznorm des öffentlichen Rechts. Für zivilrechtliche Rechtsfolgen als Ausfluß des bürgerlichen Eigentumsbegriffs ist kein Raum mehr, weil "Privateigentum" und "öffentliches Eigentum" an ein und derselben natürlichen Substanz undenkbar sind.²

Ist also die öffentliche Sache in "öffentliches Eigentum" überführt, so zielen die Schadensersatzansprüche des Zivilrechts ins Leere. Der Private haftet dem Staate dann nur nach den öffentlich-rechtlichen Schadensersatznormen. Lediglich im Falle einer Gesetzeslücke des öffentlichen Rechts wäre dann zu erwägen, ob ggfs. die Vorschriften aus unerlaubter Handlung analog³ anzuwenden sind.

Als Fazit können wir festhalten, daß dem Hoheitsträger jedenfalls dann ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB zusteht, wenn er - wie dies die Regel sein wird - privatrechtlicher Eigentümer einer öffentlichen Sache ist.

¹ Da das Recht der öffentlichen Verwaltung Landesrecht ist, kann der Landesgesetzgeber das Recht der öffentlichen Sachen auch rein öffentlich-rechtlich regeln, vgl. dazu BVerwG (U.v. 29.5.67, Az.: IV B 80.65) in DVBl 67, 917 ff; ferner BVerfG (B.v. 10.3.76, Az.: 1 BvR 355/67) in BVerfGE 42, 20 ff.

² BVerwG (U.v. 29.5.67, Az.: IV B 80.65) in DVBl 67, 917 (919); BVerfG (B.v. 10.3.76, Az.: 1 BvR 355/67) in BVerfGE 42, 20 (30 ff); BGH (U.v. 30.4.53, Az.: III ZR 377/51) in BGHZ 9, 373 (381).

³ BVerwG (U.v. 29.5.67, Az.: IV B 80.65) in DVBl 67, 917 (919).

bb. Aus den gleichen Gründen vermag der Hoheits-träger auch Ansprüche aus der Verletzung von "son-stigen (Privat-)Rechten" i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB geltend zu machen.¹

cc. Schließlich bleibt zu prüfen, ob die Körper-schaft des öffentlichen Rechts reine Vermögensschäden gem. §§ 823 ff BGB von privater Seite ersetzt verlan-gen kann. Ist das sog. (öffentliche) Verwaltungsver-mögen vor Eingriffen des Privaten über §§ 823 Abs. 2, 824, 826 BGB geschützt?

Im Sinne der genannten Vorschriften versteht man un-ter dem Vermögen eines Rechtssubjektes die Gesamt-heit aller diesem zustehenden Rechte und Güter von wirtschaftlichem Wert einschließlich etwaiger Erwerbschancen.² Kurz gesagt: Als Vermögensbestand-teil gelten alle mit Geld zu bewertenden Güter. Das Vermögen ist also ein Sammelbegriff, das wegen der Vielfalt der denkbaren Rechte und Rechtsgüter wert-neutral ist. Es umfaßt sowohl private als auch öf-fentliche Rechtspositionen und Rechtsgüter. Bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Schutzgesetze verpflichtet § 823 Abs. 2 BGB deshalb auch dann zum Schadensersatz, wenn (nur) öffentlich-rechtliche Rechtspositionen entzogen oder beeinträchtigt wur-den.³

Auch das öffentliche Verwaltungsvermögen ist ein Konglomerat verschiedener Rechtsgüter. Es wird des-halb ebenso wie das Vermögen des Privaten über die unerlaubte Handlung geschützt, denn im Rahmen der §§ 823 ff BGB ist es - wie bereits ausgeführt - gleichgültig, wer der Rechtsträger des geschützten

¹ Vgl. z.B. Palandt-Thomas, § 823, Anm. 6 und die übrige zivil-rechtliche Fachliteratur.

² Palandt-Heinrichs, Vorb. zu § 249, Anm. 2b.

³ So z.B. Ansprüche des Nachbarn gegen den Bauherrn aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. den einschlägigen, baurechtlichen, nachbar-schützenden Bestimmungen; vgl. dazu OLG München (U.v. 6.10.58, Az.: 3 U 1575/57) in NJW 59, 341; BGH (U.v. 24.4.70, Az.: V ZR 97/67) in NJW 70, 1181; Evers, JuS 62, 87 ff; Redeker, NJW 59, 749 (752); allgemein zu Fragen des Nachbarrechts, vgl. Hoppe, DVBl 69, 246. Wolff-Bachof schreibt, VR I § 43 VI 3, daß bei Verletzung eines subj.öff.Rechts durch eine Zivilperson Zivilklage aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB erhoben werden kann.

Gutes ist.

Ergebnis: Der Staat (die öffentlich-rechtliche Körperschaft) ist vor Übergriffen des Privaten auch durch die §§ 823 ff BGB geschützt, sofern dem Hoheitsträger Rechtsgüter zustehen, die dem Schutze von §§ 823 ff BGB unterliegen.

5. Ausschluß der §§ 823 ff BGB bei Handlungen des Organwalters im Rahmen der Organverwaltung?

Nachdem wir klargestellt haben, daß der Bürger dem Staate gegenüber aus unerlaubter Handlung verantwortlich sein kann, bleibt noch die Frage zu beantworten, ob auch der Organwalter grundsätzlich aus den §§ 823 ff BGB haften muß.

Soweit der Organwalter als Privatmann und nicht im Rahmen seiner Amtsführung handelt, bestehen keine Bedenken gegen eine solche Haftung (vgl. z.B. s.o. Fall 1).¹

Man darf ferner nicht übersehen, daß der ehrenamtliche - nicht beamtete - Organwalter dem Bürger auch dann aus den §§ 823 ff BGB persönlich haftet, wenn er diesem zwar nicht hoheitlich, so aber doch bei der Ausübung seines Amtes im fiskalischen Bereich gegenübertritt und einen Schaden zufügt.² Die Körperschaft haftet dem Dritten daneben aus §§ 31, 89 i.V.m. §§ 823 ff BGB.^{3,4}

Damit steht fest, daß der öffentliche Charakter der Organverwaltung die §§ 823 ff BGB zumindest nicht grundsätzlich verdrängen kann. Freilich kann diese Feststellung nur ein Indiz sein, denn hier geht es nicht

¹ Vgl. s. oben S. 91, Anhang I.

² Siebert, DÖV 51, 44 (45); Palandt-Heinrichs, § 89, Anm. 1B.

³ Penz, DÖV 61, 97 (98); Siebert, DÖV 51, 44 (45); Reuter, in Münchener Kommentar, § 31, Rdn. 18; Soergel-Schultze-v.Lassaulx, § 31, Rdn. 34.

⁴ Vgl. auch § 17 Abs. 4 EStHG, wonach die zivilrechtliche Haftung der Amtswalter im Außenverhältnis (also Dritten gegenüber) künftig auch auf den Hoheitsträger übergeleitet werden soll, vgl. BT-Drs. 8/2079, S. 60; ferner unten die Ausführungen unter § 13 dieser Arbeit, S. 184.

um die Ansprüche Dritter, sondern um Ansprüche des Staates.

Zweifel an der Anwendbarkeit der unerlaubten Handlungen entstehen dann, wenn der Organwalter bei der Ausübung seines Amtes einen Tatbestand erfüllt, der einerseits eine Pflichtverletzung des bestehenden öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses darstellt und andererseits eine privatrechtliche unerlaubte Handlung sein könnte.

a. Der Dualismus von pFV und unerlaubter Handlung

Schadensersatzansprüche aus einer Pflichtverletzung (pFV) und aus einer unerlaubten Handlung schließen sich nicht prinzipiell gegenseitig aus.¹ Es ist auch im öffentlichen Recht davon auszugehen, daß dem Betroffenen aus ein und derselben Handlung des Schädigers gleichzeitig Ansprüche aus unerlaubter Handlung und Ansprüche aus einer Pflichtverletzung zustehen können.²

b. Unanwendbarkeit der §§ 823 ff BGB im Bereich der Organwalter?

Es darf freilich nicht verschwiegen werden, daß ein Teil von Literatur und Rechtsprechung im öffentlichen Recht einen besonderen Fall im Auge haben, wenn sie von Anspruchskonkurrenz zwischen pFV und unerlaubter Handlung sprechen. - nämlich die konkurrierenden Ansprüche des Bürgers gegen den Staat aus pFV und aus Art. 34 GG, § 839 BGB. Diese Fallgestaltung ist

¹ Für das Zivilrecht vgl. Palandt-Thomas, Einf. v. § 823, Anm. 2 m.w.N.

² Aus der Literatur: Bender, Rdn. 207; Tiemann, VerwArch 65, 381 (386/387, 395); Zuleeg, DÖV 70, 627 (730); Ossenbühl, S. 223; Janson, DÖV 79, 296 (301).

Aus der Rechtsprechung: RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) in RGZ 165, 323 (331, 334); BVerwG (U.v. 20.3.63, Az.: VI C 169.60) in DVBl 63, 677 (678); BVerwG (U.v. 28.1.65, Az.: II C 108.62) in DÖV 65, 670; BGH (U.v. 4.10.72, Az.: VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300; BGH (U.v. 20.6.74, Az.: III ZR 97/72) in NJW 74, 1816 (1817); BGH (U.v. 24.10.74, Az.: VII ZR 223/72) in NJW 75, 207 ff.

aber unproblematisch, weil es sich in beiden Fällen um öffentlich-rechtliche Ansprüche handelt. Ob es aber außerdem auch einen Dualismus zwischen öffentlich-rechtlicher Pflichtverletzung und privatrechtlicher unerlaubter Handlung (§§ 823 ff BGB) gibt, bleibt weitgehend unerörtert. Dies liegt an der bereits mehrfach erwähnten einseitigen Sichtweise, derzufolge lediglich Ansprüche des Bürgers gegen den Staat untersucht werden.

c. Die "Janusköpfigkeit"¹ der Handlungen des Organwalters

Konkurrierende öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Ansprüche finden wir vereinzelt in der zivilrechtlichen Rechtsprechung. Sie gewährt dem Bürger in bestimmten Fällen Schadensersatzansprüche wegen Pflichtverletzungen von öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen und wegen der Verletzung der in §§ 823 ff BGB geschützten Rechtsgüter. Es handelt sich dabei um Ausnahmefälle, die dann auftreten, wenn der Hoheitsträger zwar einerseits im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses agiert, gleichzeitig aber dem Bürger nicht hoheitlich, sondern auch fiskalisch gegenübertritt.²

¹ Der Begriff "Janusköpfigkeit" stammt von Ludwig Knemeyer (DÖV 71, 303), der ihn im Zusammenhang mit der Hausrechtsproblematik aufgebracht hat.

² Aus dem Bereich der älteren Rechtsprechung: RG (U.v. 20.4.20, Az.: III 422/19) in RGZ 98, 341 (342); RG (U.v. 6.5.20, Az.: VI 455/19) in RGZ 99, 96; RG (U.v. 26.6.36, Az.: II 23/36) in RGZ 152, 129 (132); RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) in RGZ 165, 323 (331, 334); aus dem Bereich der neueren Rechtsprechung: BGH (U.v. 4.10.72, Az.: VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300; BGH (U.v. 20.6.74, Az.: III ZR 97/72) in NJW 74, 1816 (1817); BGH (U.v. 24.10.74, Az.: VII ZR 223/72) in NJW 75, 207 ff; BVerwG (U.v. 28.1.65, Az.: II C 108.62) in DÖV 65, 670; KG (U.v. 8.3.74, Az.: 9 W 91/74) in DVBl 74, 379; vgl. im übrigen auch BVerwG (U.v. 29.5.67, Az.: IV B 80.65) in DVBl 67, 917 (919), das die §§ 823 ff BGB immer dann für anwendbar hält, solange diese nicht durch besondere gesetzliche Regelungen ausgeschlossen sind.

So hat der BGH in einem Urteil vom 4.10.72¹ angenommen, daß das Wasserbelieferungsverhältnis zwischen einer Gemeinde und dem Bürger öffentlich-rechtlicher Natur sein könne und die Gemeinde aus diesem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis zum Schadensersatz verpflichtet sei, daß die Gemeinde aber gleichzeitig auch wegen der Verletzung einer (privatrechtlichen) Verkehrssicherungspflicht aus unerlaubter Handlung hafte.²

Das Urteil ist vielfach kritisiert worden.² Die Kritik beruht vor allem auf seinen mißverständlichen Formulierungen.³ Der BGH hatte ausgeführt, daß die Gemeinde nicht hoheitlich, sondern "schlicht verwaltend" tätig geworden sei, so daß sie ggfs. auch aus §§ 823, 831 BGB hafte. Der BGH wollte damit aber nicht - entgegen Art. 34 GG, § 839 BGB - das Recht der unerlaubten Handlung gem. §§ 823 ff BGB auch auf Hoheitsakte ausdehnen, sondern auf Grund langer Rechtsprechungstradition den Dualismus zwischen öffentlich-rechtlicher Sonderverbindung und privater unerlaubter Handlung⁴ festschreiben.⁵

Auch in anderen Rechtsstreitigkeiten wurden von der Rechtsprechung öffentlich-rechtliche Schadensersatzansprüche aus Pflichtverletzungen neben Ansprüchen aus unerlaubter Handlung zuerkannt. Nicht zuletzt

¹ BGH (U.v. 4.10.72, Az.: VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300.

² Zur Kritik vgl. vor allem Schwabe, NJW 73, 455; Menger, VerwArch 64 (1973), 305 ff; Stürner, JuS 73, 749 (753).

³ Stürner in JuS 73, 749 (753) hat sich mit den Begriffen im einzelnen auseinandergesetzt.

⁴ Gemeint ist die Verkehrssicherungspflicht, vgl. hierzu vor allem BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 373 ff.

⁵ Vgl. im übrigen die Klarstellung in BGH (U.v. 20.6.74, Az.: III ZR 97/72) in NJW 74, 1816 (1817).

ging es dabei auch um solche Fälle, in denen es um Ansprüche des Staates gegen den Bürger ging.¹

Stürner hält den Dualismus zwischen der Haftung aus öffentlicher Sonderverbindung und aus privatrechtlicher unerlaubter Handlung grundsätzlich für ein "merkwürdiges" Ergebnis. Der BGH wolle in Wahrheit die Subsidiarität der Amtshaftung ausschalten.² Stürner verkennt dabei das eigentliche Problem, das auch bei der hier zu erörternden Fallgestaltung deutlich zu Tage tritt: Können öffentliche und private Pflichten bei demselben Lebenssachverhalt miteinander konkurrieren?³

Dem könnte man im Hinblick auf den Sondercharakter des öffentlichen Rechts widersprechen. Denn der Hoheitsträger tritt, wenn er hoheitlich tätig ist, dem Bürger in der Regel in öffentlich-rechtlichen Handlungsformen gegenüber. Das hoheitliche Handeln kann dann aber nicht an den Kategorien des Privatrechts gemessen werden, weil das öffentliche Recht als Sonderrecht gerade das öffentlich-rechtliche Tätigwerden regeln will. Andererseits haben wir aber auch gesehen, daß sich der Hoheitsträger auch der Formen des Privatrechts bedienen kann.⁴ Das öffent-

¹ RG (U.v. 20.4.20, Az.: III 422/19) in RGZ 98, 341(342); RG (U.v. 13.12.40, Az.: III ZR 37/40) in RGZ 165, 323 (331, 334); VG Gelsenkirchen (U.v. 1.7.71, Az.: 1 K 333/70) in Kottenberg-Steffens, zu § 30, Nr. 3, S. 19/20; vgl. ferner vor allem die Entscheidung des KG (U.v. 8.3.74, Az.: 9 W 91/74) in DVBl 74, 379(380): Das KG hält es z.B. für denkbar, einem Hochschullehrer gegenüber Störungen des Vorlesungsbetriebs sowohl aus § 823 Abs. 1, § 1004 BGB (Verletzung des allg. Persönlichkeitsrechts) einen Abwehranspruch zu gewähren, als auch wegen der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten (hier: § 30 Abs. 1 Nr. 1 Fachhochschulgesetz Berlin).

² Stürner, JuS 73, 749 (753) in Anm. zu BGH (U.v. 4.10.72, Az.: VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300.

³ Bender, RdN. 207.

⁴ Reuter, in Münchener Kommentar, § 89, Rdn. 2 ff; Palandt-Danckelmann, § 89, Anm. 1 A b; vgl. im übrigen die Grundsatzentscheidung des BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 373 ff.

liche Recht überlagert das Privatrecht also nicht in jedem Fall, sondern nur dann, wenn beide Rechtsformen den gleichen rechtlichen Anknüpfungspunkt im Auge haben.¹ Die zuvor skizzierte Rechtsprechung des BGH² und anderer Gerichte zeigt gerade in dieser Hinsicht einen erfreulichen Ansatz, der allerdings häufig in den Hintergrund gerät.³

Die Haftung aus öffentlich-rechtlicher pFV und aus privatrechtlicher unerlaubter Handlung hat in den geschilderten Fällen und in dem hier untersuchten Bereich der Organverwaltung völlig unterschiedliche Ziele, die nicht im Widerspruch zueinanderstehen, so daß sich beide Haftungsnormen auch nicht wechselseitig ausschließen können.

Die Haftung aus pFV will die Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten des Organwalters mit Sanktionen versehen, sie will öffentlich-rechtliches Handlungsunrecht wiedergutmachen. Die die unerlaubten Handlungen regelnden Rechtsnormen des Zivilrechts wollen dagegen den Eintritt eines bestimmten Erfolges (z.B. Eigentumsverletzung) ahnden.⁴

Damit stehen beide Haftungsinstitute gleichwertig und unabhängig nebeneinander. Die Haftung aus unerlaubter Handlung ist objektbezogen, während die Haftung aus pFV subjekt- (handlungs-) bezogen ist. Die rechtlichen Anknüpfungspunkte sind damit voneinander verschieden. Der Organwalter kann also beide Tatbestände nebeneinander verwirklichen, die Handlungen des Organwalters sind "janusköpfig". Er steht in einer Doppelrolle: Als Staatsbürger ist er zur Einhaltung der zivilrechtlichen Tatbestände verpflichtet, als

¹Nur in diesem Falle vermag sich der Spezialitätscharakter des öffentlichen Rechts durchzusetzen.

²Z.B. BGH (U.v. 4.10.72, Az.: VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300.

³Anders aber BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 373 ff.

⁴Zur Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, vgl. allgemein Henke, DÖV 80, 621 (627 f).

Amtsinhaber muß er seinen öffentlich-rechtlichen Pflichten genügen. Weshalb sollte ihn die Amtsinhaberschaft aus der allgemeineren, staatsbürgerlichen Haftung entlassen? Ein zwingender Grund für die Verdrängung der bürgerlichen Pflichten ist nicht erkennbar.¹

Zusammenfassung: Auch der Staat kann grundsätzlich aus den §§ 823 ff BGB Ansprüche gegen den Bürger herleiten. § 839 BGB schließt Ansprüche des Staates gegen den ehrenamtlichen Organwalter aus §§ 823 ff BGB nicht aus. Zwischen den Ansprüchen des Staates aus einer pFV des Organwalterverhältnisses und den §§ 823 ff BGB besteht Anspruchskonkurrenz, denn beide Ansprüche haben unterschiedliche rechtliche Anknüpfungspunkte im Auge und können sich deshalb nicht wechselseitig ausschließen.

§ 12 Rückgriffansprüche der Körperschaft aus § 426 Abs. 1 BGB und § 426 Abs. 2 BGB gegen den Organwalter

Im übrigen kommen noch § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB als zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen der Körperschaft gegen den Organwalter in Betracht. Derartige Ansprüche können aber nur dann bestehen, wenn Körperschaft und Organwalter einem Dritten als Gesamtschuldner haften. § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB regeln näm-

¹ Tiemann, VerwArch 65, 381 (386/387/395) will auch den Privaten im Rahmen von Anstaltsbenutzungsverhältnissen konkurrierend aus pFV und aus §§ 823 ff BGB haften lassen. Im Ergebnis ebenso: RG (U.v. 20.4.20, Az.: III 422/19) in RGZ 98, 341 (342); RG (U.v. 13.12.40, Az.: III 37/40) in RGZ 165, 323/331, 334; KG (U.v. 8.3.74, Az.: 9 W 91/74) in DVBl 74, 379(380); BGH (U.v. 11.10.72, Az.: VIII ZR 117/71) in NJW 72, 2300; BGH (U.v. 20.6.74, Az.: III ZR 97/72) in NJW 74, 1816 (1817); Bender, Rdn. 207; vgl. im übrigen Fnte 2, S. 172 u. Fnte 1, S. 174.

lich von Gesetzeswegen den Ausgleich zwischen mehreren Gesamtschuldnern, falls einer der Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat.

I. ANWENDBARKEIT VON § 426 BGB AUF DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN KÖRPERSCHAFT UND ORGANWALTER

Ein in Anspruch genommener Gesamtschuldner kann von den übrigen Gesamtschuldnern aus drei Rechtsgründen Ausgleich verlangen:

- aus dem Innenverhältnis
- aus § 426 Abs. 1 BGB (Ausgleichsanspruch)
- aus § 426 Abs. 2 BGB (Übergang des Gläubigerrechts)¹

Das Innenverhältnis ist hier das Organwalterverhältnis. Bedenken gegen die Anwendung der zivilrechtlichen Norm des § 426 BGB wegen der öffentlich-rechtlichen Natur des Innenverhältnisses bestehen nicht. Das öffentlich-rechtliche Innenverhältnis schließt die Anwendung von § 426 BGB ebensowenig wie die Tatbestände der unerlaubten Handlung aus², denn auch insofern liegen verschiedene Anknüpfungspunkte vor.³ Das Innenverhältnis (die pFV) knüpft an eine Pflichtverletzung an, § 426 BGB knüpft an das Gesamtschuldverhältnis zwischen Körperschaft und Organwalter einerseits gegenüber dem außenstehenden Dritten andererseits an. Der Körperschaft können deshalb auch die Ansprüche aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB zustehen.

¹ BGH (U.v. 11.7.63, Az.: III ZR 41/62) in NJW 63, 2068; Palandt-Heinrichs, § 426, Anm. 1.

² Vgl. siehe oben § 11.

³ Vgl. siehe oben § 11 II 5.

II. VORAUSSETZUNG DES § 426 Abs.1 UND Abs. 2 BGB SCHULDVERHÄLTNIS KÖRPERSCHAFT - ORGANWALTER

Ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Körperschaft und Organwalter ist nur dann möglich, wenn beide einem Dritten gegenüber gemeinsam aus demselben Schuldverhältnis (Schuldgrund) haften. Dies ist nur denkbar, wenn sich der Organwalter im Rahmen der Organwaltung fiskalisch betätigt. Handelt er nämlich hoheitlich in Ausübung des ihm anvertrauten Amtes, so haftet die Körperschaft wegen Art. 34 GG dem Dritten gegenüber allein.¹ Im Bereich des privatrechtlichen Handelns der Organwalter sind folgende Fälle der gesamtschuldnerischen Haftung zwischen der Körperschaft und dem Organwalter denkbar:²

1. Der Handelnde ist kein Beamter

a. Der Handelnde ist verfassungsmäßiger Vertreter der juristischen Person i.S.v. §§ 31, 89 BGB³

Sofern der Handelnde im Rahmen von vertraglichen Beziehungen zwischen der Körperschaft und Dritten agiert, haftet er - wie jeder andere Vertreter auch - dem Dritten gegenüber überhaupt nicht, wenn er eine bloße Vertragsverletzung begeht. Aus Vertragsverletzungen haftet die Körperschaft allein.⁴

Sofern sein Verhalten deliktischen Charakter hat, haftet der Handelnde dem Dritten gegenüber gem. § 823 ff BGB. Daneben haftet die juristische Person gem. §§ 31, 89 BGB.⁵

¹ Vgl. Siebert, DÖV 51, 44 (46/47); freilich bleibt in diesen Fällen zu prüfen, ob nicht ein Schadensersatzanspruch im Innenverhältnis so aus einer pFV des Organwalterverhältnisses gegeben ist.

² Vgl. aber § 17 Abs. 4 des Entwurfs eines neuen Staatshaftungsgesetzes, wonach der Handelnde im Außenverhältnis Dritten gegenüber auch dann freigestellt ist, wenn es sich um ein fiskalisches Tätigwerden handelt (BT-Drcks. 9/25), vgl. hierzu im einzelnen die Ausführungen unter § 13 dieser Arbeit.

³ Zur Abgrenzung vgl. Palandt-Danckelmann, § 31, Anm. 2,

⁴ § 89, Anm. 2.

⁵ Siebert, DÖV 51, 44 (45).

⁶ Siebert, DÖV 51, 44 (45).

Organwalter und die juristische Person haften dem Dritten als Gesamtschuldner.¹

b. Der Handelnde ist kein verfassungsmäßiger Vertreter²

Sofern der Handelnde in Erfüllung einer Verbindlichkeit tätig wird (§ 278 BGB), muß die juristische Person sich sein Verhalten gem. § 278 BGB zurechnen lassen. Der Handelnde haftet nicht bei reinen Vertragsverletzungen. Der Handelnde haftet dem Dritten nur, wenn er (gleichzeitig) den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt (§§ 823 ff BGB). Da der Handelnde bloßer Verrichtungsgehilfe ist, haftet die Körperschaft dem Dritten nur aus § 831 BGB.³ Körperschaft und Organwalter haften dem Dritten gemäß § 840 BGB als Gesamtschuldner.

2. Der Handelnde ist Beamter

a. Der handelnde Beamte ist verfassungsmäßiger Vertreter der Körperschaft (§§ 31, 89 BGB)

Auch der Beamte haftet nicht aus vertraglichen Pflichtverletzungen, die Körperschaft haftet gem. §§ 31, 89 BGB im Außenverhältnis allein.

Begeht der Beamte im fiskalischen Bereich eine Amtspflichtverletzung, so haftet er nach § 839 BGB. Die juristische Person haftet gem. §§ 31, 89 BGB. Für den Schadensersatzbegehrenden Dritten ist allerdings zu beachten, daß die juristische Person dem Beamten gegenüber stets ein "anderweitiger Ersatzpflichtiger"

¹ Penz, DÖV 61, 97 (98); Reuter, in Münchener Kommentar, § 31, Rdn. 18; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 31, Rdn. 34.

² Ein seltener Fall, denkbar beispielsweise bei Ausschußmitgliedern, die nicht gleichzeitig dem delegierenden Organ angehören.

³ Schäfer, SKV 67, 317 (323).

ist.¹ Der Beamte haftet also nur dann neben der Körperschaft, wenn ihm Vorsatz zur Last fällt (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB).¹ Für diesen Fall haften Staat und Beamter wieder als Gesamtschuldner² (§ 840 BGB).

b. Der handelnde Beamte ist kein verfassungsmäßiger Vertreter

Der Beamte haftet auch hier im Rahmen des § 839 BGB, die Körperschaft muß allerdings gem. § 831 BGB eintreten. Wegen § 839 I 2 BGB haftet der Beamte nur bei Vorsatz. Für diesen Fall besteht wegen § 840 BGB zwischen Körperschaft und Organwalter ein Gesamtschuldverhältnis.

III. DIE RECHTSFOLGEN DER GESAMTSCHULD

1. Die Ausgleichspflicht gem. § 426 Abs. 1 BGB

Die Ausgleichsverpflichtung entsteht als selbständige Verpflichtung gleichzeitig mit der Gesamtschuld. Die Befriedigung des Gläubigers ist nicht Voraussetzung. Aus der Selbständigkeit der Ausgleichspflicht folgt, daß sie eigenständig verjährt (30 Jahre) und unabhängig vom ursprünglichen Haftungsgrund fortbesteht.³

§ 426 Abs. 1 BGB begründet für die Gesamtschuldner untereinander zwei Verpflichtungen: Alle Gesamtschuldner müssen bei Fälligkeit zur Befriedigung des Gläubigers mitwirken; ferner werden die oder der Gesamtschuldner, die den Gläubiger nicht befriedigt haben, zum Ersatz verpflichtet. Normalerweise sind die Gesamtschuldner im Verhältnisse zueinander zu gleichen

¹ Palandt-Thomas, § 839, Anm. 2c; Siebert, DÖV 51, 44 (46/47); Penz, DÖV 61, 97 (98).

² Penz, DÖV 61, 97 (98); Reuter, in Münchener Kommentar, § 31, Rdn. 18 (zum Vereinsrecht); Soergel-Schultze-v.Lasaulx (zum Vereinsrecht), § 31, Rdn. 34.

³ Vgl. Palandt-Heinrichs, § 426, Anm. 2a.

Anteilen ausgleichspflichtig.¹ Im Verhältnis zwischen Körperschaft und Organwalter trägt jedoch der Organwalter den Schaden allein. Der bzw. die Organwalter müssen der Körperschaft im Innenverhältnis im Falle von deren Inanspruchnahme den ganzen Schaden ersetzen, denn die Organwalter trifft schließlich die alleinige Verantwortung für den Schaden. Mehrere ausgleichspflichtige Organwalter haften nur auf ihren Kopfteil, es besteht insoweit keine gesamtschuldnerische Haftung.²

2. Übergang der Gläubigerforderung gem. § 426
Abs. 2 BGB

Im Rahmen von § 426 Abs. 2 BGB geht die Gläubigerforderung über, wenn und soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt. Der Anspruch aus § 426 Abs. 2 BGB setzt also eine Ausgleichspflicht im Sinne von Abs. 1 voraus, er tritt deshalb nur in der Höhe ein, in der die Ausgleichspflicht besteht. Der übergegangene Anspruch behält seinen ursprünglichen rechtlichen Charakter und sein eigenes Schicksal.³

Auch nach § 426 Abs. 2 BGB steht nur der Körperschaft ein Anspruch gegen den/die Organwalter zu, da allein die Organwalter im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht trifft.

IV. RECHTSWEG

Obwohl sich die Ansprüche aus § 426 BGB nach den Vorschriften des BGB regeln, ist damit noch nicht

¹ Reuter, in Münchener Kommentar, § 31, Anm. 18; Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 31, Rdn. 34.

² Palandt-Heinrichs, § 426, Anm. 2b, dd.

³ Palandt-Heinrichs, § 426, Anm. 4.

unbedingt etwas darüber gesagt, ob sie öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen Charakter besitzen.¹ Da es sich bei § 426 Abs. 1 BGB und § 426 Abs. 2 BGB um zwei selbständige, voneinander verschiedene Ansprüche handelt², wird man unter Umständen differenzieren müssen.

§ 426 Abs. 2 BGB läßt die ursprüngliche Gläubigerforderung von Gesetzeswegen auf den ausgleichenden Gesamtschuldner übergehen. Die im Wege der cessio legis übergegangene Forderung behält ihren ursprünglichen rechtlichen Charakter bei.³ Da in den vorliegenden Fällen eine gesamtschuldnerische Haftung der Organwalter nur in Betracht kommt, wenn der Organwalter im Rahmen seiner fiskalischen Tätigkeit einem Dritten eine unerlaubte Handlung zufügte, kann die gem. § 426 Abs. 2 BGB übergehende Gläubigerforderung nur zivilrechtlicher Natur sein. Der nach § 426 Abs. 2 BGB übergehende Anspruch muß deshalb vor den Zivilgerichten verfolgt werden.⁴

¹ Penz, DÖV 61, 97 (102); BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 65 (66/67).

² Palandt-Heinrichs, § 426, Anm. 2a.

³ Die Forderung geht so über, wie sie beim Gläubiger bestand, vgl. dazu Selb, in Münchener Kommentar, § 426, Rdn. 13; Palandt-Heinrichs, § 426, Anm. 4; BGH (U.v. 19.2.53, Az.: III ZR 31/51) in BGHZ 9, 65 (66/67); BGH (U.v. 28.9.72, Az.: II ZR 6/71) in NJW 73, 101 (102); anders aber der sog. Zollbürgenfall BGH (U.v. 2.4.73, Az.: VII ZR 108/72) in NJW 73, 1077 (1078). Der BGH meint (wohl unzutreffenderweise) hier liege eine inhaltliche Veränderung der übergegangenen Forderung vor, weil der Ausgleichsberechtigte keine Befugnis mehr habe, die Höhe der Forderung durch einen Verwaltungsakt verbindlich zu konkretisieren und auch die öffentliche Beitreibung nicht mehr verlangen könne. Die Frage soll offenbleiben, da eine inhaltliche Veränderung der übergehenden Forderung in unseren Fällen nicht denkbar ist.

⁴ Unerfreulich, wenn gleich unvermeidbar ist es, daß neben dem Anspruch aus § 426 Abs. 2 BGB, der öffentlich-rechtliche Anspruch aus pFV besteht, der vor den Verwaltungsgerichten einzuklagen wäre. Dasselbe Problem ergibt sich aber auch bei Konkurrenz aus unerlaubter Handlung und öffentlich-rechtlicher pFV.

Der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB muß ebenfalls vor den Zivilgerichten verfolgt werden. § 426 Abs. 1 BGB ist nach seiner Stellung im Gesetz ein zivilrechtlicher Anspruch, Anhaltspunkte für einen öffentlich-rechtlichen Charakter der Vorschrift gibt es in den hier zu entscheidenden Fällen nicht.¹

Ergebnis: Für Ansprüche der Körperschaft aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

¹Ob der Anspruch aus § 426 Abs. 1 BGB wegen des engen Sachzusammenhangs mit der übergehenden Gläubigerforderung (§ 426 Abs. 2 BGB) ausnahmsweise vor den Verwaltungsgerichten klagbar wäre, falls die zedierte Gläubigerforderung öffentlich-rechtlichen Charakter hätte, kann dahinstehen, da eine derartige Fallkonstellation hier undenkbar ist; für eine derartige Rechtswegzuständigkeit kraft Sachzusammenhangs spricht sich der BGH wohl in seinem Urteil v. 28.9.72, Az.: II ZR 6/71, in NJW 73, 101 (102) aus.

5. Teil: Exkurs: Das neue Staatshaftungsrecht

§ 13 Der Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes

Man war sich seit langem über die strukturellen Schwächen und die rechtspolitischen Mängel des geltenden Staatshaftungsrechts einig.¹ Die Bundesregierung legte nach jahrelangen Vorarbeiten im Frühjahr 1978 einen Gesetzentwurf zur Reform des Staatshaftungsrechts vor.² Der 8. Deutsche Bundestag konnte den Entwurf nicht mehr endgültig verabschieden. Am 26.11.1980 wurde die am 12.6.1980 vom 8. Deutschen Bundestag verabschiedete Fassung dem 9. Deutschen Bundestag als erneute Gesetzesvorlage zugeleitet.³ Das Gesetz soll am 1.1.1982 in Kraft treten. Da sich das geplante Gesetz im Falle seines Inkrafttretens auch auf die Organwalterhaftung auswirken wird, soll nachfolgend ein kurzer Überblick gegeben werden.

I. KURZÜBERSICHT ÜBER DIE HAUPTZIELE DES GESETZ- ENTWURFS⁴

1. Der Gesetzentwurf will die Haftung des Staates gegenüber den (außenstehenden) Bürgern neu regeln. Das jetzige Modell, wonach der Staat nur (mittelbar) für Amtswalterunrecht haftet, wird aufgegeben; der Staat soll jetzt für eigenes Unrecht haften

¹ Zur Diskussion vgl. Vogel, DVBl 78, 657 ff; Ossenbühl, JuS 78, 720 ff; Papier, ZRP 79, 67 ff; Futter, BB 80, 180 ff; vgl. auch Papier, in Münchener Kommentar, § 839, Rdn. 61 ff.

² BT-Drcks. 8/2079.

³ BT-Drcks. 9/25; ferner BT-Drcks. 8/4144; BT-Drcks. 8/4342.

⁴ Es sollen nur die Hauptziele des Entwurfs dargelegt werden, vgl. im übrigen zur Begründung BT-Drcks. 8/2079.

(vgl. § 1 Abs. 1 EStHG¹).

2. Nach § 1 Abs. 1 EStHG haftet der Staat künftig bereits für objektive Pflichtverletzungen. Wie § 3 Abs. 1 und Abs. 2 EStHG zeigt,² wird das Verschuldensprinzip teilweise aufgegeben.

3. Die Staatshaftung soll künftig eine ausschließliche Haftung sein.³ Soweit der Amtsträger hoheitlich tätig wird, wird die persönliche Haftung des Amtsträgers Dritten gegenüber gem. § 1 Abs. 3 EStHG ausgeschlossen und stattdessen auf den Hoheitsträger übergeleitet. § 17 Abs. 4 EStHG bestimmt, daß auch die privatrechtliche Haftung des Amtswalters im Außenverhältnis auf den jeweiligen Hoheitsträger übergeleitet werde. § 839 BGB wird ersatzlos gestrichen (§ 35 Abs. 1 Ziffer 1 EStHG).

4. Die geplante Neuregelung soll am 1.1.1982 in Kraft treten (§ 39 EStHG), das Gesetz soll nicht auf Tatbestände angewandt werden, die vor seinem Inkrafttreten liegen. Insoweit soll das bisherige Recht anwendbar bleiben (vgl. § 37 EStHG).

II. AUSWIRKUNGEN AUF DEN BEAMTETEN ORGANWALTER

1. Neuregelung der beamtenrechtlichen Haftungsvorschriften⁴

Gem. § 28 EStHG sollen § 46 BRRG und § 78 BBG folgende Fassung erhalten:

¹Vgl. BT-Drcks. 9/25, § 1 Abs. 1 EStHG lautet:

"Verletzt die öffentliche Gewalt eine Pflicht des öffentlichen Rechts, die ihr einem anderen gegenüber obliegt, so haftet ihr Träger dem anderen für den daraus entstandenen Schaden."

²Diese Frage war im bisherigen Gesetzgebungsverfahren stark umstritten, vgl. Papier, in Münchener Kommentar, § 840, Rdn. 66-68.

³BT-Drcks. 8/2079, S. 25 ff; S. 30 ff.

⁴Vgl. im übrigen die gleichlautenden Neuregelungen zu § 42 SGB IV und § 205 AfG (§§ 29,30 EStHG).

"(1) Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder grob fahrlässig die ihm obliegenden Pflichten, so hat er dem Dienstherrn, dessen Aufgaben er wahrgenommen hat, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Haben mehrere Beamte gemeinsam den Schaden verursacht, so haften sie als Gesamtschuldner.

(2) Ansprüche nach Absatz 1 erlöschen drei Jahre nach dem Zeitpunkt, in dem der Dienstherr von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis zehn Jahre nach der Begehung der Handlung. Hat der Dienstherr einem Dritten Geldersatz geleistet oder hat er zur Folgenbeseitigung Mittel aufgewendet, so tritt an die Stelle des Zeitpunktes, in dem der Dienstherr von dem Schaden Kenntnis erlangt, der Zeitpunkt, in dem der Anspruch auf Geldersatz oder Folgenbeseitigung anerkannt oder rechtskräftig festgestellt wird.

(3) Leistet der Beamte dem Dienstherrn Ersatz und hat dieser einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten, so geht der Ersatzanspruch auf den Beamten über."

Die gesamte Haftung des Beamten beschränkt sich damit gegenüber dem Dienstherrn auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.¹ Die frühere Differenzierung zwischen der Haftung des Beamten für hoheitliches Tätigwerden und der Haftung für sonstiges Handeln ist damit aufgegeben.² In der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf heißt es hierzu, daß durch das geplante StHG das Haftungsrisiko des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn steige, da die Staatshaftung ausgeweitet werde.² Die bisherige Regelung sei im übrigen nicht

¹ Zur bisherigen Regelung, vgl. s.o. § 3 I 2 dieser Arbeit, S. 11.

² Vgl. die aml. Begründung, BT-Drucks. 8/2079, S. 28 f und S. 81 f.

sachgerecht, da die Risikolage des Beamten bei heftiger Tätigkeit nicht generell höher als bei anderen Tätigkeiten sei.^{1,2}

Im Außenverhältnis, d.h. gegenüber Dritten, haftet der Beamte gar nicht (vgl. § 1 Abs. 3 EStHG, § 17 Abs. 4 EStHG).

2. Zivilrechtliche Haftung des beamteten Organwalters gegenüber dem Dienstherrn?

Es kommen Ansprüche des Dienstherrn aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff BGB) und aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB in Betracht.

a. Gegenwärtig haftet der Beamte dem Dienstherrn nicht aus unerlaubter Handlung, diese Haftung ist wegen des § 839 BGB ausgeschlossen.³ Die beabsichtigte Streichung von § 839 BGB könnte eine etwaige Haftung aus den §§ 823 ff BGB wieder aufleben lassen.⁴ Trotzdem kommt eine Haftung aus den §§ 823 ff BGB auch künftig nicht in Betracht, da die beamtenrechtlichen Haftungsvorschriften als öffentlich-rechtliche Sondernormen einer etwaigen zivilrechtlichen Haftung vorgehen.⁵

¹ Vgl. die aml. Begründung, BT-Drcks. 8/2079, S. 82.

² Vgl. im übrigen auch § 14 BAT, wonach sich die jeweiligen beamtenrechtlichen Haftungsvorschriften auch auf Angestellte im öffentlichen Dienst erstrecken.

³ Vgl. dazu die Ausführungen in § 11 dieser Arbeit.

⁴ Vgl. § 35 Abs. 1 Ziffer 1 EStHG, ferner die amtliche Begründung, BT-Drcks. 8/2079, S. 83.

⁵ So bereits zur jetzigen Rechtslage, Fischbach, § 78, S. 626; die obige Rechtsauffassung läßt sich im übrigen auch auf die aml. Begründung stützen, BT-Drcks. 8/2079, S. 83. Der Regierungsentwurf beabsichtigt erkennbar die gesamte Beamtenhaftung umfassend und ausschließlich in § 46 BRRG und § 78 BBG neu zu regeln. Vgl. auch BT-Drcks. 8/2079, S. 60: "Eine Haftung... kommt insoweit nunmehr im Innenverhältnis zwischen ihm und seinem Dienstherrn nach den ebenfalls neugefaßten Regreßvorschriften... in Betracht."

b. Eine Inanspruchnahme des beamteten Organwalters aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB setzt ein Gesamt-schuldverhältnis zwischen dem Organwalter und dem Hoheitsträger gegenüber einem geschädigten Dritten voraus. Nach der jetzigen Rechtslage war dies allen-falls bei fiskalischem Handeln des beamteten Organ-walters denkbar.¹ Da der Amtswalter nach § 17 Abs. 4 EStHG künftig im Außenverhältnis auch bei fiskalischem Handeln nicht mehr haften soll², wird eine Inanspruch-nahme gem. § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB mangels Gesamt-schuldverhältnis künftig entfallen.

Ergebnis: Der beamtete Organwalter haftet nach In-krafttreten des EStHG nur nach den einschlägigen beam-tenrechtlichen Vorschriften.

III. AUSWIRKUNGEN AUF DEN EHRENAMTLICHEN ORGANWALTER

1. Haftungsvorschrift für den ehrenamtlichen Organ-walter

Eine Haftungsvorschrift für den ehrenamtlichen Organ-walter enthält der EStHG nicht.³ Es verbleibt deshalb für diesen Bereich - soweit keine gesetzlichen Spe-zialvorschriften eingreifen³ - bei der Haftung aus positiver Forderungsverletzung des Organwalterverhält-nisses.

¹ Vgl. dazu oben § 12 II 2 dieser Arbeit, S. 179.

² Vgl. BT-Drcks. 8/2079, S. 60.

³ Das geplante StHG konnte mangels Gesetzgebungszuständigkeit eine derart weitreichende Haftungsvorschrift wohl auch nicht in den Gesetzestext aufnehmen. Berücksichtigt wurden neben den beamtenrechtlichen Haftungsnormen entsprechende Änderungen von § 42 SGB IV (vgl. § 29 EStHG) und § 205 des Arbeitsför-derungsgesetzes (vgl. § 30 EStHG).

2. Die zivilrechtliche Haftung des ehrenamtlichen Organwalters

a. Eine Haftung aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB scheidet ebenso wie bei dem beamteten Organwalter aus, denn auf Grund der künftig fehlenden zivilrechtlichen Außenhaftung (§ 17 Abs. 4 EStHG) sind Gesamtschuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Organwalter nicht mehr denkbar.¹

b. Zu erwägen ist, ob § 17 Abs. 4 EStHG auch die zivilrechtliche Innenhaftung des Organwalters aus den §§ 823 ff BGB ausschließen will.² § 17 Abs. 4 EStHG lautet:

"Personen, durch die der Träger die in den Absätzen 1 und 2 genannten Tätigkeiten ausübt, haften dem Geschädigten nicht. An ihre Stelle haftet der Träger, für den sie die Tätigkeit ausgeübt haben."

In § 17 Abs. 1 und Abs. 2 EStHG wird die privatrechtliche Haftung des Hoheitsträgers gegenüber den Bürgern geregelt. Wenn § 17 Abs. 4 S. 1 EStHG also bestimmt, daß Personen, die die privatrechtlichen Tätigkeiten des Hoheitsträgers ausüben, dem Geschädigten nicht haften, so muß § 17 Abs. 4 EStHG zwingend dahingehend ausgelegt werden, daß lediglich die privatrechtliche Außenhaftung des Amts- oder Organwalters ausgeschlossen sein soll.³

Begeht der ehrenamtliche Organwalter aber im Innenverhältnis gegenüber seiner Körperschaft eine unerlaubte Handlung, so bleibt die privatrechtliche Innenhaftung des Organwalters von § 17 Abs. 4 EStHG unberührt.⁴

¹Vgl. s. oben § 13 II 2 dieser Arbeit, S. 187 f.

²Vgl. s. oben § 11 II dieser Arbeit, S. 150.

³Vgl. auch Futter, BB 80, 180 (184).

⁴Dies wird man im übrigen auch aus dem Sinn und Zweck des gesamten StHG folgern müssen, das StHG will die Außenhaftung neu regeln und die Innenhaftung (z.B. bei Beamten) allenfalls partiell neu fassen.

Ergebnis: Der ehrenamtliche Organwarter haftet nach Inkrafttreten des StHG nur noch aus positiver Forderungsverletzung und aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff BGB).

6. Teil: Schluss

§ 14 Zusammenfassung

Zum Schluß dieser Arbeit sollen die wichtigsten Ergebnisse zusammengetragen werden:

1. Während auf den beamteten Organwalter die jeweiligen beamtenrechtlichen Haftungsvorschriften Anwendung finden, gibt es für den ehrenamtlichen Organwalter zwar vereinzelte Haftungsnormen, aber keine umfassenden Regelungen für alle Organwalterverhältnisse.
2. Soweit in Teilbereichen öffentlich-rechtliche Haftungsvorschriften bestehen, sind sie auf andere, nicht geregelte Sachverhalte nicht analog anwendbar.
3. Auch das öffentliche Recht kennt Schuldverhältnisse. Öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse sind besonders enge Sonderverbindungen von (mindestens) zwei beliebigen Rechtssubjekten. Gegenstand der Sonderverbindung ist ein subjektives Rechte-Pflichtenverhältnis. Rechte und Pflichten können ein- und zweiseitiger Natur sein, wobei die Leistungspflicht der einen Seite stets dem Forderungsrecht der anderen Seite entspricht.
4. Im Bereich der Organwaltung bestehen drei Beziehungsfelder: Das Anstellungsverhältnis, das Organverhältnis und das Organwalterverhältnis. Letzteres qualifiziert sich als öffentlich-rechtliches Schuldverhältnis. Grundlage des Organwalterverhältnisses ist die Bestellung. Sie vermittelt dem Organwalter ein subjektives Recht auf "Innehabung der Amtsstellung" und auf "Ausübung des Amtes". Die Bestellung verpflichtet den Organwalter, die eingeräumte Befugnis pfleglich auszuüben, der Organwalter unterliegt einer besonderen Treuepflicht.

5a. Verstößt der Organwalter gegen die ihm auf Grund des bestehenden Schuldverhältnisses obliegenden Pflichten, so haftet er der Körperschaft entsprechend den allgemeinen Grundsätzen einer positiven Forderungsverletzung.

b. Der Organwalter haftet auf Schadensersatz, Schadensersatzansprüche sind nicht auf Naturalrestitution, sondern auf Geld gerichtet. Verursachen mehrere Organwalter den Schaden, so haften sie als Gesamtschuldner. Die Körperschaft braucht sich ein "Mitverschulden" anderer Organwalter nicht über § 254 BGB zurechnen zu lassen. Der Schadensersatzanspruch unterliegt der 30-jährigen Verjährung.

c. Der Schadensersatzanspruch ist im Regreßfalle (Art. 34 GG, § 839 BGB) vor den Zivilgerichten zu verfolgen, ansonsten muß die Körperschaft den Anspruch im Wege der Leistungsklage vor den Verwaltungsgerichten verfolgen. Bei der Prozeßführung kommen der Körperschaft die Anwendung von § 282 BGB, § 287 ZPO sowie die Grundsätze der vom BGH praktizierten Beweislastverteilung nach Gefahrkreisen zu Gute.

6. Der ehrenamtliche Organwalter haftet daneben aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff BGB), wenn und soweit der Organwalter in Rechtsgüter der Körperschaft eingreift, die dem Schutze der §§ 823 ff BGB unterliegen. Zwischen den Ansprüchen der Körperschaft aus §§ 823 ff BGB und aus positiver Forderungsverletzung des Organwalterverhältnisses besteht Anspruchskonkurrenz. Der beamtete Organwalter haftet der Körperschaft wegen § 839 BGB (lex specialis) nicht aus unerlaubter Handlung.

7. Haftet die Körperschaft für einen vom Organwalter verursachten Schaden neben dem Organwalter als Gesamtschuldner, so kann sie den Organwalter im Falle ihrer Inanspruchnahme auch gem. § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB in Regreß nehmen.

8. Der Entwurf des neuen StHG beabsichtigt in § 28 EStHG die beamtenrechtlichen Haftungsvorschriften (§§ 46 BRRG, § 78 BBG) zu ändern, der beamtete Organwalter haftet dann grundsätzlich nur noch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Regreßansprüche aus § 426 Abs. 1 und Abs. 2 BGB sind wegen § 17 Abs. 4 EStHG künftig gegen alle Organwalter ausgeschlossen.

Die ehrenamtlichen Organwalter haften - mangels anderweitiger gesetzlicher Regelungen - weiterhin aus positiver Forderungsverletzung des Organwalterverhältnisses und aus unerlaubter Handlung.

A n h a n g I:

Fallsammlung

Fall 1:

Bürgermeister B rammt auf einer Trunkenheitsfahrt im Anschluß an eine Familienfeier den kommuneeigenen Laternenmast.

Fall 2:

Der Gemeinderat der Gemeinde P beschließt, sich über eine Finanzierungsgesellschaft an einem Parkhausprojekt zu beteiligen. Später werden Stimmen laut, daß die Gemeinde kostengünstiger auf andere Weise die Parkraumnot hätte beseitigen können.

Fall 3:

Die Universität U will ein Grundstück kaufen. In der Rektoratssitzung wird über das Höchstgebot beraten, das man allenfalls bieten will. Prorektor P informiert den betroffenen Grundstückseigentümer E. E kann jetzt den Preis hochtreiben.

Fall 4:

Der Gemeinderat in X beschließt mit Mehrheit, im Winter des Nachts und an den Wochenenden in allen Verwaltungsgebäuden die Heizung völlig abzustellen. Rats herr A hat den Antrag eingebracht und ihm zugestimmt. B hat den Antrag abgelehnt. C enthielt sich der Stimme, D stimmte ungültig. Die Heizung friert ein.

Fall 5:

(Abwandlung 1 zu Fall 4):

Rats herr E bleibt im Fall 4 der Sitzung fern.

Fall 6:

Der Gemeinderat in P beschließt in rechtswidriger Weise, einen Gemeindebeamten vom Dienst zu suspendieren und diesen auf halbes Gehalt zu setzen.

In Kenntnis aller Umstände unterlassen es der auf der Sitzung anwesende Bürgermeister und der Gemeindevorstand von ihren Beanstandungsrechten Gebrauch zu machen. Der Beamte erwirkt eine einstweilige Anordnung, deren Kosten der Gemeinde auferlegt werden.

Fall 7:

Der Gemeinderat beschließt einen Bebauungsplan. Ratsmitglied M gehört ein Grundstück im Baugebiet; er stimmt dennoch mit ab. Der Beschluß wird beanstandet - der Bebauungsplan wird nicht genehmigt. Die geplante Neuansiedlung des Industrieunternehmens U scheitert durch den entstehenden Zeitverzug.

Fall 8:

Das Studentenparlament in M beschließt den Ankauf eines VW-Bullis zwecks Unterstützung der Astaarbeit. Diese Ausgabe ist haushaltsplanmäßig nicht abgedeckt. Die Studentenschaft muß einen Bankkredit in Anspruch nehmen. Die Kreditkosten können in der Folge durch Vermietung des Fahrzeugs durch den Asta aufgefangen werden.

A n h a n g II:

Unmittelbarer Schaden der Körperschaft (Der Organwaller schädigt einen Dritten, die Körperschaft muß eintreten)		Mittelbarer Schaden der Körperschaft (Rückgriffsfälle) (Der Organwaller schädigt einen Dritten, die Körperschaft muß eintreten)	
hoheitliches Handeln des Organwalters gegenüber Dritten		fiskalisches Handeln des Organwalters gegenüber Dritten	
Beamter	Nichtbeamter	Beamter	Nichtbeamter
1. § 46 I 1 BBG, § 78 I 1 BBG, bzw. landesrechtliche Vorschriften	1. pFV des Organwalters	1. § 46 I 2 BRRG, § 78 I 2 BBG bzw. die landesrechtlichen Vorschriften	1. pFV des Organwalters
2. § 823 I BGB, § 823 II BGB, § 824 BGB, § 826 BGB	2. § 823 I BGB, § 823 II BGB, § 826 BGB	2. § 426 I BGB, § 426 II BGB wegen § 839 I 2 BGB nur bei Vorsatz	2. § 823 II BGB, § 826 BGB, § 426 I BGB, § 426 II BGB
Die Haftung ist wegen Art. 34 S. 2 GG auf Vorsatz bzw. grobe Fahrlässigkeit beschränkt.			

Lebenslauf des Verfassers

Am 25.7.1952 wurde ich als erstes von drei Kindern des Diplom-Volkswirts Dr. Ernst Hüttenbrink und seiner Ehefrau Wilma, geb. Bremke, in Neheim-Hüsten (heute: Stadt Arnsberg) geboren. Meine Staatsangehörigkeit ist deutsch.

Ab 1958 besuchte ich in Ahlen für vier Jahre die katholische Overbergschule als Grundschule. Im Jahre 1962 wechselte ich zum Städt. Gymnasium Ahlen über, wo ich 1970 meine Reifeprüfung ablegte.

Ab dem Wintersemester des Jahres 1970 studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster das Fach Rechtswissenschaft.

Im Juli 1976 legte ich vor dem Justizprüfungsamt des Oberlandesgerichts Hamm meine erste juristische Staatsprüfung ab. Am 1. Nov. 1976 trat ich in den Referendardienst im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm ein.

Während meiner Referendarzeit habe ich im Rahmen einer Nebentätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität Münster (Lehrstuhl für Raumplanung und Öffentliches Recht, Prof. Dr. Hoppe) gearbeitet. Meine zweite juristische Staatsprüfung habe ich am 31. Mai 1979 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf abgelegt.

Seit dem 12.6.1979 bin ich mit Rita Hüttenbrink, geb. Leichhauer, verheiratet.

Am 6.7.1979 nahm ich meine Tätigkeit als Rechtsanwalt im Landesgerichtsbezirk Münster auf.

